

Die Strafbarkeitsvoraussetzungen der Beihilfe nach Art. 25 StGB

Dissertation
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der Würde
eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

VICTORIA NEUENSCHWANDER-HESSE
von Zürich und Höfen (Bern)

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. E. Frey

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau 1954



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507227_0089

Die Strafbarkeitsvoraussetzungen der Beihilfe nach Art. 25 StGB

Dissertation
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der Würde
eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von
VICTORIA NEUENSCHWANDER-HESSÉ
von Zürich und Höfen (Bern)

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. E. Frey

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät
gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender
Dissertation, ohne damit zu den darin ausge-
sprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 20. Februar 1954.

Der Dekan:
Prof. Dr. W. Bickel



Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel:

Einführung

§ 1 Begriff und Wesen der Beihilfe	11
§ 2 Die Arten der Gehilfenschaft	14

2. Kapitel:

Die objektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen

§ 3 Das Kausalverhältnis zwischen Beihilfe und Haupttat	23
1. Allgemeines	23
2. Ist die Beihilfe kausal für den Enderfolg der Haupttat?	25
a) Hinweis des Gesetzes in Art. 305 StGB	25
b) Rechtsprechung	26
3. Konkrete Erfolgsbetrachtung ergibt Mitkausalität der Beihilfe	29
4. Das Kausalverhältnis als «strafrechtliche Arbeitshypothese»	31
§ 4 Die Hilfeleistung als objektiver Tatbestand	32
1. Verlangt wird ein Tatbeitrag, der das Delikt fördert	32
2. Keine Förderung ist die «abhaltende Bedingung»	33
3. Der fehlende Förderungscharakter bei «sozialadäquaten Beihilfehandlungen»	35
a) das Problem	35
b) die Rechtsgutsverletzungstheorie	36
c) die Abschwächung der Rechtsgutsverletzungstheorie durch die Lehre von der sozialadäquaten Handlung	38
d) sozialadäquate Handlungen im Gebiet der Beihilfe	39
§ 5 Die Bedeutung des engen respektive losen Zusammenhangs der Beihilfe mit der Haupttat	41
1. Die Problemstellung	41
2. Die Auswirkung des Zusammenhangs auf die Höhe der Gehilfenstrafe	42
3. Distanzverhältnisse schaffen keine objektive Strafbarkeitsbedingung	45
§ 6 Die Rolle der Gefährlichkeit im Gebiet der Beihilfe	46
1. Der Gefahrbegriff im allgemeinen	46
2. Die Unbrauchbarkeit der Gefährlichkeit als objektive Strafbarkeitsbedingung bei der Beihilfe	47

3. Kapitel:

Die subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen

§ 7 Die Anforderungen an den Gehilfenvorsatz	50
1. Der Förderungswille gegenüber der Haupttat	50
2. Die Vorstellung des Gehilfen von der Haupttat	52
3. Die innere Beziehung des Gehilfen zum Erfolg der Haupttat	53

§ 8 Die Fälle des unvollkommenen Gehilfenvorsatzes	57
1. Billigung der Haupttat	57
2. Das sozialadäquate Verhalten als Indiz für fehlenden Förderungsvorsatz	60
3. Fahrlässige Beihilfe	63
a) Die fahrlässige Erleichterung eines vorsätzlich begangenen Delikts	63
b) Die vorsätzliche Förderung eines Fahrlässigkeitsdelikts	67
4. Ist die Behandlung des «Rücktritts eines Gehilfen aus eigenem Antrieb» als Fall des unvollkommenen Gehilfenvorsatzes gerechtfertigt?	76

4. Kapitel:

Die Zurechenbarkeit der erbrachten Beihilfe

§ 9 Die Akzessorietät der Beihilfe verlangt eine ausgeführte Haupttat	82
1. Das Prinzip der akzessorischen Strafbarkeit	82
2. Die Förderung eines versuchten Delikts	83
3. Die erfolglose Beihilfe	86
a) nach geltendem Recht	86
b) nach der subjektiven Theorie	87
§ 10 Die Akzessorietät der Beihilfe erstreckt sich auf die Rechtswidrigkeit der Haupttat	92
1. Der Grundsatz	92
2. Beihilfe zu Handlungen, deren Rechtswidrigkeit von Gesetzes wegen beseitigt ist	93
§ 11 Keine Akzessorietät der Beihilfe hinsichtlich der Schuld	96
1. Der Grundsatz	96
2. Die Schuld ein «persönliches Verhältnis» i. S. von Art. 26 StGB	97
§ 12 Zusammenfassung	101

Literaturverzeichnis

- Bader*: Unzurechnungsfähigkeit und Teilnahme, in Schweizerische Juristenzeitung (zitiert: SJZ) Band 23 S. 85 ff.
- v. Baer*: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band II (die Schuld nach dem Strafgesetz) Berlin 1907
- Beling*: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906
— Grundzüge des Strafrechts, 11. Auflage, Tübingen 1930
- Bockelmann*: Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, Göttingen 1949
- Brehse*: Der leichtsinnige Bankrott nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1920
- Brühwiler*: Die Begünstigung nach Art. 305 StGB, Diss. Freiburg 1942
- v. Buri*: Über Kausalität und Teilnahme, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert: ZStW) Band 2 S. 269 ff.
- Busch*: Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, Recht und Staat, Heft 137, Tübingen 1949
- Coenders*: Über die objektive Natur der Beihilfe, in ZStW Band 46 S. 1 ff.
- v. Cramer*: Gleichschaltung von Täterschaft und Teilnahme, Diss. Bonn 1935
- Engi-Canova*: Die Teilnahme am Verbrechen, in SJZ Band 45 S. 97 ff.
- Engisch*: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen 1931
- Exner*: Fahrlässiges Zusammenwirken, in Festgabe für R. v. Frank (zitiert: Frankfestgabe) Band I S. 569 ff. Tübingen 1930
- Frank*: Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord, Diss. Zürich 1913
- German*: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Textausgabe mit Erläuterungen, Rechtsprechung und Sachregister, Zürich 1947 nebst Nachtrag 1951
— Rechtssicherheit, in Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (zitiert: SZS) Band 49 S. 257 ff.
— Die Bestimmungen über die Teilnahme im Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 207, Breslau 1923 (zitiert: Teilnahme)
— Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942 (zitiert: Verbrechen)
— Die Rechtsprechung über den Versuch nach schweizerischem Strafrecht, in SZS Band 60 S. 1 ff.
- Gmür*: Der Kausalzusammenhang in der zivilrechtlichen Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts und der Kausalzusammenhang im Strafrecht, Diss. Zürich 1926
- Gretener*: Begünstigung und Hehlerei in historisch-dogmatischer Darstellung, München 1879
- Guldemann*: Zur Lehre von der Kausalität, in SZS Band 59 S. 108ff.

- Hafter*: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil. 2. Auflage 1946 (zitiert: *Hafter I*)
- Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 1. Hälfte, Berlin 1937 und 2. Hälfte, Berlin 1943
- Hartmann*: Der leichtsinnige Bankrott, Diss. Zürich 1920
- Haupt*: Beiträge zur Lehre von der Beihilfe, in ZStW Band 15 S. 202 ff.
- Heutschi*: Die Abtreibung im schweizerischen Strafgesetzbuch, Diss. Bern 1945
- Karmann*: Störung des öffentlichen Verkehrs, in SZS Band 65 S. 211 ff.
- Köhler*: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Leipzig 1917
- Kohlrausch-Lange*: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 39. und 40. Auflage, Berlin 1950
- Kroppenberg*: Die Abgrenzung der Beihilfe in objektiver und subjektiver Beziehung, Diss. Köln 1936
- Lange*: Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere bei Tötungs- und Wirtschaftsverbrechen, in Juristische Rundschau (zitiert: JR) 1949 S. 165 ff.
- Leipziger Kommentar* siehe unter Rechtsstrafgesetzbuch
- Liszt-Schmidt*: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Band, 26. Auflage, Berlin und Leipzig 1932 (zitiert: *Lehrbuch*)
- Logoz*: Commentaire du Code Pénale Suisse, Partie Générale, Genève 1939
- Maurach*: Grundriß des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Wolfenbüttel und Hannover 1948 (zitiert: *Grundriß*)
- Schuld und Verantwortung im Strafrecht, Wolfenbüttel und Hannover 1948
- Mayer, M. E.*: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 1923
- Merkel*: Anstiftung und Beihilfe, in Frankfestgabe Band II S. 134 ff.
- Mezger*: Strafrecht, Ein Lehrbuch, München und Leipzig 1931 (zitiert: *Lehrbuch*)
- Strafrecht I Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, München und Berlin 1948 (zitiert: *Strafrecht I*)
- Niethammer*: Sinn und Wirkung des § 50 dStGB, in Deutsche Rechtszeitschrift (zitiert: DRZ) 1946 S. 167 ff.
- v. Olshausens* Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 12. Auflage Berlin 1942
- Peters*: Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, in JR 1949 S. 496 ff.
- Petrzilka*: Zürcher Erläuterungen zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 1942
- Pfenninger H. F.*: Die moderne deutsche Strafrechtswissenschaft, in SJZ Band 45 S. 353 ff.
- v. Rechenberg*: Die allgemeine Gefährlichkeit als Voraussetzung für die Anwendung von Art. 237 Ziff. 2 StGB, in SJZ Band 47 S. 108 ff.

- Reichsstrafgesetzbuch* mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1929 (zitiert: Leipziger Kommentar)
- Roeder*: Versuch und Teilnahme nach der Strafrechtsangleichungsverordnung, in ZStW Band 62 S. 302 ff.
- Rossi*: Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1942
- Sandberg*: Der Selbstmord im schweizerischen Strafgesetzentwurf, in SJZ Band 23 S. 279 ff.
- Schildknecht*: Der rechtliche Schutz des Straßenverkehrs gemäß Art. 237 StGB, Diss. Basel 1946
- Schmidt, E.*: Die mittelbare Täterschaft, in Frankfestgabe Band II S. 106 ff.
- Schönke*: Die Änderungen des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts durch die Novelle vom 29. Mai 1943, in Deutsches Recht 1943 S. 721 ff.
— Kommentar zum deutschen Strafgesetzbuch, 3. Auflage, Berlin und München 1947
- Schwander*: Gefährliche Tat und Rechtswidrigkeit, in SZS Band 63 S. 281 ff.
— Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Zürich 1952 (zitiert: Schwander)
- Schwendemann*: Die Gefahr im Schweizerischen Strafrecht, Diss. Bern 1920
- Staub*: Hinderung, Störung und Gefährdung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen (Art. 239 StGB), Diss. Zürich 1941
- Stoß*: Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Band I, Basel und Genf 1892
— Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1893
- Thormann-v. Overbeck*: Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, Band I und II, Zürich 1940 und 1941
- Träger*: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904
- Waiblinger*: Zum Begriff der Hehlerei, in SZS Band 61 S. 249 ff.
- v. Weber*: Grundriß des deutschen Strafrechts, Bonn 1948 (zitiert: Grundriß)
— Zum Aufbau des deutschen Strafrechtssystems, Jena 1935 (zitiert: Aufbau)
- Wecks*: Grenzen der Verantwortlichkeit bei der Beihilfe, Diss. Bonn 1951 (zitiert: Grenzen)
- Wegner*: Reform des Strafrechts (Aschrott und Kohlrausch) 1926
- Welzel*: Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Auflage Berlin 1949 (zitiert: Grundzüge)
— Studien zum System des Strafrechts, in ZStW Band 58 S. 491 ff. (zitiert: Studien)
- Zeller*: Das Strafgesetzbuch für den Kanton Zürich mit Erläuterungen, Zürich 1912 (zitiert: Erläuterungen)
- Zimmerl*: Vom Sinn der Teilnahmevorschriften, in ZStW Band 52 S. 166 ff.

Zeitschriften

DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
JR	Juristische Rundschau
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
dStGB	Strafgesetzbuch des deutschen Reiches von 1871
ff.	und folgende
i. S.	im Sinne
JagdG	Bundesgesetz über den Jagd- und Vogelschutz vom 10. Juni 1925
Massg.	Maßgabe
MilStGB	Schweizerisches Militärstrafgesetzbuch von 13. 6. 1927
N.	Note
s.	siehe
S.	Seite
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937
v.	von
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
RGE	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts
BGE	Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts
Ziff.	Ziffer

Begleitwort

Die vorliegende Arbeit behandelt ein Thema, das in der schweizerischen Literatur noch keine eingehende Würdigung erfahren hat. Sie macht es sich zur Aufgabe, die Voraussetzungen zusammenzustellen, die für eine strafrechtliche Haftung des Gehilfen nach Art. 25 des schweizerischen Strafgesetzbuches erforderlich sind. Das Aufzeigen all dieser Umstände macht es zugleich notwendig, die Beihilfe gegen den sie umschließenden Raum der straflosen Unterstützungstätigkeiten abzugrenzen, zu jenen Handlungen also, bei denen nicht mehr von einer strafrechtlich relevanten Beihilfe gesprochen werden kann.

Die Probleme, die sich aus der Abgrenzung der Beihilfe gegen andere Teilnahmeformen (Anstiftung, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft) ergeben, wurden im schweizerischen und ausländischen Schrifttum bereits eingehend behandelt. Sie werden in der vorliegenden Arbeit, die wegen ihrer Zielsetzung in die entgegengesetzte Richtung weist, daher nur berücksichtigt, wo sich die Notwendigkeit dazu ergibt. – Unter dem Begriff der Strafbarkeit, wie er in der nachfolgenden Untersuchung gebraucht wird, ist die Summe der kriminellen Faktoren zu verstehen, die für die Fällung eines Unwerturteils vom Strafrecht regelmäßig verlangt wird: Kausalität, objektive und subjektive Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld. Der akzessorische Charakter der Beihilfe macht die Behandlung von Vorsatz und Schuld in getrennten Kapiteln notwendig. Die Einheitlichkeit der Arbeit erfährt dadurch keine Einbuße; der Gang der Untersuchungen wird das verdeutlichen.

Wir beschränken uns darauf, das Grundsätzliche der Verhältnisse und Umstände aufzuzeigen, die zur Strafbarkeit der Beihilfe führen. Wenn es dabei gelingt, Anregungen zum Ausbau und zur Vertiefung einzelner Fragen zu vermitteln, so hat die vorliegende Arbeit ihren Zweck erfüllt.

1. Kapitel

Einführung

§ 1 Begriff und Wesen der Beihilfe

Bevor wir über die Strafbarkeit des Gehilfen sprechen können, müssen wir zunächst feststellen, was das schweizerische Strafgesetzbuch unter einem Gehilfen bzw. unter Beihilfe versteht. Es rechtefertigt sich daher, dieser Frage im Rahmen des Gesetzes einige einführende Worte zu widmen.

Gehilfe im Sinne des StGB (Art. 25) ist derjenige, der an der Begehung der strafbaren Handlung eines anderen insofern mitbeteiligt ist, als er diese Tat unterstützt oder befördert¹. Der Gehilfe hat also nur die Nebenrolle auf der Bühne des Verbrechens. Sein Beitrag zum Gelingen des «Stückes» ist geringer als der der verbrecherischen Hauptdarsteller. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Leistung des Chargenspielers (Gehilfe) ohne Einfluß auf den Erfolg des Stückes wäre. Der Erfolg ist ja das Ergebnis aller Leistungen zusammen. Jeder einzelne der Mitwirkenden ist mit-ursächlich für das Endergebnis, wenn er auch nicht die alleinige oder unmittelbare Voraussetzung zum Erfolg schafft. Die Leistung des Gehilfen, mag sie auch von untergeordneter Bedeutung sein, ist mit *kausal* für den strafrechtlich verpönten Erfolg der Handlung. Damit treffen wir aber nur eine Feststellung tatsächlicher Art, die uns noch nichts über die innere Einstellung des Gehilfen verrät.

Die Tatsache, daß der Gehilfe zwar im Schatten der Hauptbeteiligten steht, aber doch zu ihnen gehört, weil er fördernd mitwirkt, ein Delikt zum Gelingen zu bringen, faßt das StGB in der kurzen Formulierung zusammen, daß Gehilfe ist, wer zu bestimmten Straftaten *Hilfe leistet*. Damit ist zugleich gesagt, daß die Gehilfentätigkeit einer anderen Handlung zudient, nämlich der Handlung eines Haupttäters. Dieses Zudienen als ein Verhältnis der Unterordnung ist für das Wesen der Beihilfe charakteristisch². In ihm offenbart sich das Prinzip der *Akzessorietät* der Beihilfe³. Hilfeleistung im strafrechtlichen Sinne ist nur denkbar als eine Tat, die auf einen

¹ Hafer I S. 231.

² Stooß, Grundzüge I S. 236; Schwander No. 263.

³ Hafer I S. 231; Thormann-Overbeck Art. 25 N. 2; Logoz Art. 25 N. 1.

anderen Vorgang bezogen ist. Gehilfenschaft ohne Bindung an eine Haupttat anerkennen zu wollen, hieße die Akzessorietät der Beihilfe leugnen⁴.

Indessen steht der Gehilfe mit der Nebenrolle nicht zufällig auf der Bühne des Verbrechens. Er weiß, daß er Anteil hat, und er will diesen Tatbeitrag leisten, um dadurch ein Delikt zu fördern. Dabei braucht er nicht einmal den oder die Hauptbeteiligten zu kennen; auch dem Deliktserfolg mag er gleichgültig gegenüberstehen. – Das Wissen und Wollen seines fördernden Verhaltens wird denn auch vom Gesetz gefordert: Gehilfe ist nur, wer *vorsätzlich* Hilfe leistet (Art. 25 in Verbindung mit Art. 18 Abs. 2 StGB)⁵. Charakteristisch für den Gehilfenvorsatz ist wiederum das Moment der Unterordnung: Der Vorsatz ist auf die Unterstützung des von einem anderen ins Werk gesetzten Verbrechens gerichtet. Der Gehilfe hat aber durchaus einen Willen mit selbständigem kriminellen Gehalt, ist doch schon seine Entschlußbildung, beim Delikt mitzuwirken, eine selbständige⁶. Seine schuldhaftige Willensrichtung ist lediglich schwächer als die eines Täters, da sie nur auf die Unterstützung des Delikts abzielt. Wie aber muß dieses Delikt, die fremde Tat, beschaffen sein? Ist jede strafrechtlich mißbilligte Handlung darunter zu verstehen? Das Gesetz (Art. 25 StGB) gibt auch hierüber Aufschluß. Es bestimmt, daß nur die Beihilfe zu *Verbrechen* und *Vergehen* (Art. 9 Abs. 1 und 2) zu bestrafen ist. Die Förderung von Übertretungen bleibt in der Regel straflos (Art. 104).

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß der Gehilfe i. S. von Art. 25 StGB folgende Anforderungen erfüllen muß: Er muß eine Tätigkeit ausüben, die mit-kausal für den Erfolg der Haupttat wird. Der Gehilfe muß seinen Tatbeitrag vorsätzlich erbringen und mit dem Ziel, dadurch eine andere Straftat zu fördern. Die Tat, der er zudient, muß von der Strafrechtsordnung als Vergehen oder Verbrechen bezeichnet sein.

⁴ Nicht sehr glücklich, wenn nicht unzutreffend ist es hingegen, bei dieser Bindung von einer «entliehenen Kriminalität des Gehilfen» zu sprechen, wie die französische Doktrin dies gelegentlich tut: vgl. die Zitate Roux und Vidal & Magnol bei Logoz Art. 25 N. 1.

⁵ Vgl. § 39 des StGB für den Kanton Zürich von 1871, der nur «wissentliche» Hilfeleistung verlangte; allerdings wurde darunter ebenfalls Vorsatz im modernen Sinne verstanden: s. Zeller, Erläuterungen § 39 N. 5.

⁶ Zeller, a. a. O.

Sind alle diese Voraussetzungen erfüllt, so bestimmt Art. 25 StGB weiter, daß der Gehilfe milder bestraft werden kann⁷. In dieser *fakultativen Strafmilderung* kommt die Funktion der Beihilfebestimmung im Rahmen der Teilnahmevorschriften der schweizerischen Strafrechtsordnung zum Ausdruck. Die grundsätzliche Aufgabe des Art. 25 ist es nämlich, die Gehilfenschaft aus der allgemeinen Täterhaftung herauszulösen und sie geringer zu bestrafen. Bestünde diese Möglichkeit nicht, so wäre der Gehilfe generell dem Täter gleichgestellt und müßte auch als Täter bestraft werden; denn sein Handeln ist ebenso wie das des Täters für den Deliktserfolg kausal geworden⁸. Die Beihilfe hat daher grundsätzlich eine strafeinschränkende Funktion⁹. In der Regel wird der Richter daher, wenn er einen Angeklagten der Beihilfe für schuldig befindet, auf eine mildere Strafe als sie dem Täter zuteil wird, erkennen. Die fakultative Strafmilderung hat aber den Vorzug, daß andererseits in Fällen, in denen der Gehilfe sich gegenüber dem Täter als der schlimmere und gefährlichere Bösewicht erweist, der erstere gleich schwer oder sogar schwerer bestraft werden kann als der Täter¹⁰. Das Prinzip der Akzessorietät der Teilnahme erleidet dadurch keinen Schaden¹¹. Die Beihilfe dient auch in diesen Fällen einer fremden Haupttat zu. Was zur Erhöhung der Strafe führt, ist nicht das äußere Verhalten des Gehilfen, sondern seine Schuld. Die fakultative Strafmilderung mit ihrer Möglichkeit, Täter und Gehilfen gleich schwer zu bestrafen, leugnet nicht das Wesen der Beihilfe. Sie ermöglicht nur, neben der Tat des Gehilfen auch seine verbrecherische Persönlichkeit zu berücksichtigen.

⁷ Entschließt sich der Richter für eine solche Strafmilderung, so geht er nach Maßgabe von Art. 65 von der Strafe aus, die mangels Milderungsgrund anzuwenden wäre. Die so aufgefundene Strafe ist dann herabzusetzen, und zwar darf der Richter – er muß aber nicht – auf eine Strafe unter dem Mindeststrafmaß des betreffenden Deliktes erkennen: Vgl. BGE 71/IV/79 ff.

⁸ Mezger, Lehrbuch S. 416

⁹ Mezger, a. a. O.; anderer Ansicht Schwander No. 252 (s. 104 oben); M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts S. 341 und Zimmerl, Vom Sinn der Teilnahmevorschriften, in ZStW Band 52 S. 166 ff. Diese Autoren vertreten den Standpunkt, daß der Gehilfenbestimmung eine strausdehnende Funktion zukommt.

¹⁰ Hafer I S. 234; Thormann-Overbeck Art. 25 N. 7; Logoz Art. 25 N. 5 S. 107 oben; Petrzilka Art. 25 S. 41 letzter Absatz.

¹¹ Hafer I S. 234.

Nachdem wir den Begriff der Gehilfenschaft gewonnen haben, wenden wir uns kurz den Spielarten der Beihilfe zu. Die im Nachstehenden aufgezählten Fälle können nicht erschöpfend sein und vermögen die Vielfalt des Lebens nicht einzufangen; doch kommt den meisten Arten eine Bedeutung für später zu behandelnde Probleme zu. Der nachfolgende Katalog der Beihilfemodalitäten will daher lediglich über das «Operationsgebiet» orientieren, aus dem heraus die weiteren Fragen erwachsen.

§ 2. Die Arten der Gehilfenschaft

Eine der allgemeinsten Unterscheidungen der Beihilfehandlungen ist die der physischen und psychischen Beihilfe. Als *physische Beihilfe* sind alle die Handlungen anzusprechen, die der Gehilfe ausführt, um der Begehung des Delikts auf tatsächliche Weise zu dienen, z. B. durch die Beschaffung von Werkzeugen, durch Ausfindigmachen eines geeigneten Ortes für die Begehung des Verbrechens oder durch die Entfernung von Hindernissen¹², aber auch das Dolmetschen von Gesprächen, die Erbringung von Boten- oder Schreiberdiensten gehören hierher¹³.

Unter *psychischer Beihilfe* können wir alle intellektuellen Akte des Gehilfen zusammenfassen; alle Arten von «geistiger Hilfestellung», die der Gehilfe dem Täter zukommen läßt: das Bestärken eines gefaßten Entschlusses und die Ratschläge zählen hierzu, auch die Instruktionen darüber, mit welchen Mitteln das Delikt am besten auszuführen sei und die Aufklärung über die geschickteste Art der Begehung¹⁴. Psychische Beihilfe liegt auch vor, wenn ein Gehilfe für einen im Hintergrund bleibenden Täter, der mit verbotenen Waren handelt, nach der Art eines Mäklers auftritt, Mittelsmänner heranzieht, Zusammenkünfte vereinbart etc.¹⁵. Hier räumt der Gehilfe dem Täter die Schwierigkeiten aus dem Wege, die sich dem Absatz verbotener Ware entgegenstellen.

¹² Hafer I S. 233; Thormann-Overbeck Art. 25 N. 5; Logoz Art. 25 N. 3. a.; Schwander No. 263.

¹³ BGE 77/IV/28.

¹⁴ Die früheren kantonalen Strafrechtsordnungen nahmen die Unterscheidung von physischer und psychischer Beihilfe z. T. in den Gesetzestext auf; vgl. § 39 ZStGB «... Förderung des Verbrechens durch Rat und Tat ...»

¹⁵ BGE 77/IV/28.

Die Unterscheidung zwischen psychischer und physischer Gehilfenschaft ist mit Recht nicht ins neue schweizerische Strafrecht aufgenommen worden, da sie für den Grad der Strafwürdigkeit eines Gehilfen nicht brauchbar ist; diese kann sich nur aus der inneren und äußeren Beziehung zur konkreten Haupttat ergeben. Im übrigen ließe sich die Meinung vertreten, daß jede physische Beihilfe auch eine psychische ist, da jede tatsächliche Unterstützung auch eine innerliche Bestärkung des Täters nach sich ziehen dürfte.

Weiterhin kann man unterscheiden zwischen direkter und entfernter Beihilfe. Der Unterschied dieser Beihilfemodalitäten ist zeitlich oder örtlich zu verstehen. Im Gegensatz zu der vorstehend getroffenen Unterscheidung (physische und psychische Beihilfe) kann die vorliegende von Einfluß auf den Grad der Strafwürdigkeit des Gehilfen sein. So sind Unterstützungshandlungen denkbar, die lange Zeit vor der eigentlichen Ausführung der Tat liegen. Der Täter ist zwar schon entschlossen, es bedarf aber noch der Klärung vieler Probleme, bis es so weit ist. Hier kann man von *entfernter Beihilfe* sprechen. Im Gegensatz dazu steht die *direkte Förderung*, die unmittelbar vor oder während der Deliktsbegehung erbracht wird. Art. 25 StGB trifft eine solche Unterscheidung nicht¹⁶, dagegen läßt sie sich an anderer Stelle im Gesetz erkennen, nämlich bei der Frage der Beihilfe zur Abtreibung nach Maßgabe von Art. 118 und 119 StGB. Wer der Schwangeren zu einer erst in Aussicht genommenen Abtreibung Hilfe leistet, indem er ihr z. B. die Anschrift eines Abtreibers vermittelt (Beihilfe zur passiven Selbstabtreibung i. S. von Art. 118 StGB), erscheint weniger strafwürdig als derjenige, der beim Abtreibungsakt selbst Hilfe leistet (Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2). Das schweizerische Strafgesetzbuch schenkt der Unterscheidung zwischen entfernter und direkter Beihilfe also doch eine gewisse Beachtung und anerkennt damit, daß das Verbrecherische der Tat demjenigen, der bei ihrer Begehung mithilft, normalerweise stärker und eindringlicher bewußt wird als einem Gehilfen, der der Ausführung der Tat zeitlich bzw. örtlich fernsteht¹⁷.

Hatten wir bisher nur Modalitäten genannt, bei denen die Beihilfe vor oder während der Ausführung des Delikts geleistet wurde,

¹⁶ Anders z. T. die früheren kantonalen Gesetzgebungen; vgl. dazu Thormann-Overbeck Art. 25 N. 5.

¹⁷ BGE 71/IV/119.

so fragt es sich, ob Gehilfenschaft auch dann noch denkbar ist, wenn die strafbare Handlung schon zu Ende geführt ist. Aus der Betrachtung auszuschneiden haben allerdings diejenigen Delikte, bei denen Vollendung und Erfolg zeitlich zusammenfallen. Tritt der Erfolg dagegen erst später ein, so ist Beihilfe in der dazwischenliegenden Zeitspanne durchaus möglich¹⁸. Ein fingiertes Beispiel möge das verdeutlichen: A und B haben einen Einbruchdiebstahl ausgeführt. Sie sind in die Villa eines abwesenden Kaufmannes eingedrungen, haben wertvolle Kunstgegenstände entwendet und die Beute sorgfältig verpackt. Als sie gerade das Haus verlassen, um ein wartendes Auto zu besteigen, nähert sich ein verdachtschöpfender Nachbar dem Haus. G, ein Freund der Diebe, der von dem Einbruchsplan gehört hatte und sich lediglich aus Neugierde in der Nähe des Hauses aufhielt, stürzt dem Nachbarn, einen Unfall simulierend, entgegen und stöhnt um Hilfe. Es gelingt G, die Aufmerksamkeit des Nachbarn für Augenblicke auf sich zu lenken, wodurch den Tätern das Entkommen gelingt. G hat hier unzweifelhaft Beihilfe geleistet und ist nicht etwa Begünstiger i. S. Art. 305 StGB (siehe S. 17 f. der Arbeit), denn obschon die Deliktsbegehung vollendet war, als die Diebe mit ihrer Beute das Haus verließen, stand doch der Erfolg noch aus, da das Diebesgut noch nicht in Sicherheit gebracht war²⁰.

Die Fälle der nachträglichen Gehilfenschaft sind vermutlich selten; sie sind aber denkbar, obwohl Art. 25 StGB nur von Beihilfe zu einem Verbrechen oder Vergehen spricht.

Ein Gegenstück zur eben erwähnten *nachträglichen Beihilfe* ist die Unterstützung oder Förderung einer bloßen Vorbereitungshandlung, also die *Beihilfe zur Vortat*. Nehmen wir ein Beispiel: X hat sich einen vagen Deliktsplan zurechtgelegt. Er ist sich aber weder über Zeit und Ort der Verbrechensbegehung im klaren, noch hat er einen Kumpan gefunden, der das Delikt als Mittäter ausführen würde. Er orientiert zunächst einen G über sein Vorhaben. Das Gespräch soll G ermuntern, einen für X brauchbaren und geschickten

¹⁸ Leipziger Kommentar § 49 N. 3: «... bis zum Eintritt des Erfolgs» –

¹⁹ Seine Handlungsweise ist aber nicht zu verwechseln mit der vorherigen Zusage von Hilfeleistung nach der Tat, wie das ZStGB sie in § 39 anerkennt.

²⁰ Thormann-Overbeck Art. 137 N. 20; weitere Beispiele bei Merkel, Anstiftung und Beihilfe, in Frankfestgabe Band II S. 151; siehe auch Germann, Teilnahme, S. 20 N. 2.

Täter zu suchen. Macht G sich nun auf die Suche und findet tatsächlich einen Mann, der das Delikt später ausführt, so hat er sich im allerfrühesten Stadium des Delikts zum Gehilfen gemacht, ja er hat das Delikt eigentlich überhaupt erst ermöglicht²¹.

Zu erwähnen sind weiter die Fälle der sogenannten *verselbständigten Gehilfenschaft*^{21a}. Der Ausdruck Verselbständigung bezieht sich nicht auf den Charakter der Beihilfehandlung. Dieser bleibt, wie wir sehen werden, seiner Natur nach meistens akzessorisch. Verselbständigt sind eine Reihe von Gehilfentätigkeiten vielmehr dadurch, daß der Gesetzgeber sie aus der allgemeinen Norm des Art. 25 StGB herausgelöst und ihnen selbständige Tatbestände gewidmet hat, in denen der Gehilfe wie ein Täter behandelt wird, demzufolge er auch einer gesonderten Strafandrohung untersteht. Die Gründe für die Verselbständigung sind verschiedene. So kann etwa die Herauslösung einer Beihilfetätigkeit aus der allgemeinen Norm des Art. 25 StGB deshalb erfolgt sein, weil die Unterstützung dem Täter erst nach Eintritt des Deliktserfolgs gewährt wurde. Hierher gehört zunächst die Figur der *Begünstigung* (Art. 305 StGB). Der Begünstiger entzieht einen Täter nach der Deliktsverübung dem strafenden oder sonstwie ordnend eingreifenden Arm des Staates. Die Begünstigung ist daher ein Delikt gegen die Rechtspflege. Der Begünstiger hilft, fördert oder unterstützt auch hier wie der Gehilfe nach Art. 25 StGB, nur ist es keine Hilfe *zur* Tat, sondern eine Hilfe *nach* (Vollendung und Erfolgseintritt) der Tat. Da ein solches Verhalten den Deliktserfolg nicht mehr mitverursachen kann, kann es auch nicht mehr in den Beihilfebegriff nach Maßgabe von Art. 25 StGB miteinbezogen werden²². Gemeinsam aber haben Begünstiger und Gehilfe immer noch, daß ihre Handlung auf eine andere Tat bezogen ist²³. Diese Tatsache gibt denn auch eine gewisse Berechtigung zu behaupten, ein eigentlicher Wesensunterschied zwischen Beihilfe und Begünstigung bestehe nicht²⁴. Immerhin muß darauf hingewiesen werden, daß die Begünstigung in ihrer Neuausgestaltung nach Maßgabe von Art. 305 StGB nicht nur die Begünstigung gegenüber einer Person betrifft, die tatsächlich eine

²¹ Bl. f. Z. R. Band 36, No. 40 S. 86; Schönke, Kommentar zum dStGB § 49, Anm. III. 1.

^{21a} Schwander No. 281.

²² Stooß, Grundzüge I S. 244; Liszt-Schmidt, Lehrbuch S. 325.

²³ Hafer I S. 236.

²⁴ BGE 74/IV/164.

strafbare Handlung begangen hat. Als Begünstiger wird heute auch derjenige bestraft, der einen bloß Verdächtigen – und damit eventuell Unschuldigen – irgendwelchen Amtshandlungen des Strafverfahrens (worunter auch die Eröffnung eines solchen fällt) entzieht. Hier weist die Begünstigung durchaus einen Wesensunterschied gegenüber der Beihilfe auf; denn bei der einem zu Unrecht Verdächtigten geleisteten Begünstigung fehlt das akzessorische Moment. Es ist ja keine strafbare Handlung begangen worden²⁵. Neben dem Interesse an der Bestrafung des Schuldigen wird eben in Art. 305 StGB auch dasjenige Interesse des Staates geschützt, das lediglich darauf abzielt, das Strafverfahren gegen einen bloß Verdächtigten ungehindert durchzuführen²⁶.

Ähnliches wie für den Normalfall der Begünstigung gilt für die *Hehlerei* (Art. 144 StGB); auch die Tat des Hehlers bezieht sich auf eine abgeschlossene Vortat²⁷. Die Strafbarkeit seines Handelns ist jedoch vorab darin begründet, daß er das *Deliktobjekt*, die durch strafbare Handlung erlangte Sache, schützt. Er sucht dem Vortäter den widerrechtlich erworbenen Vermögensvorteil zu erhalten. Darum ist die Hehlerei in erster Linie Vermögensdelikt; allerdings unterstützt der Hehler durch sein Verhalten indirekt auch immer den Täter.

Keine eigentliche Verselbständigung im vorbeschriebenen Sinne, sondern eher eine Qualifizierung der Beihilfe bedeutet die Normierung der Gehilfenschaft beim Abtreibungsakt nach Maßgabe von Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 StGB^{27a}. Das hat seine besonderen Gründe, auf die zum Teil schon bei der Behandlung der direkten und entfernten Beihilfe (vorn S. 15) hingewiesen wurde. Wir haben gesehen, daß alle jene Unterstützungsleistungen, die nicht dem Abtreibungsakt als solchem zudienten, den allgemeinen Beihilfehandlungen (Art. 25 in Verbindung mit Art. 118 StGB) zugerechnet werden

²⁵ Hafter I, S. 237; Logoz Art. 25 N. 7 Abs. 1.

²⁶ BGE 69/IV/120; Brühwiler, Begünstigung S. 40 ff.

²⁷ Waiblinger, Zum Begriff der Hehlerei, in SZS Band 61 S. 249 ff.

^{27a} Vgl. Schwander No. 280; weitere Tatbestände von qualifizierter Beihilfe z. B.: Art. 271 Abs. 2 und 4 StGB (Vorschubleisten zu verbotenen Handlungen für einen fremden Staat). Art. 272 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Vorschubleisten zu politischem Nachrichtendienst). Art. 274 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Vorschubleisten zu militärischem Nachrichtendienst). Art. 301 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Vorschubleisten zu Nachrichtendienst gegen fremde Staaten).

dürfen²⁸. Derjenige Gehilfe hingegen, der das Verbrechen selbst miterlebt, weil er helfend mitwirkt, wird so streng bestraft wie der Drittabtreiber selbst (Art. 119 Ziff. 1 Abs. 1–3 StGB). Die Tatsache, daß der Gehilfe hier praktisch zum Täter gestempelt wird, geht nicht nur auf die fehlende zeitliche oder örtliche Distanz vom Delikt zurück, und nicht nur auf die Tatsache, daß das Bewußtsein der Verwerflichkeit seines Verhaltens sich verdichten muß, wenn der Gehilfe alles mit eigenen Augen miterlebt. Die Notwendigkeit einer Sonderregelung entstand vor allem wegen der erfahrungsgemäß häufig auftretenden Beweisschwierigkeiten im Verlauf des Strafverfahrens. Oft war es fast unmöglich, nachträglich noch eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Gehilfenschaft zu treffen²⁹. Mag die gesetzliche Lösung im Einzelfall auch unbefriedigend sein; hier ist nur festzuhalten, daß die Strafrechtsordnung einem verwechselbaren Zustand zwischen Täter und Gehilfen dadurch Rechnung getragen hat, daß es ihm die schwerere Teilnahmeform zurechnete, um dadurch Beweisschwierigkeiten aus dem Wege zu gehen.

Eine weitere Teilnahmefigur, die eine selbständige Ausgestaltung im Gesetz erfahren hat, ist die *Beihilfe zum Selbstmord* nach Art. 115 StGB. Hier fehlt die strafrechtliche Akzessorietät: Der Selbstmord ist kein Delikt, er ist als Handlung gegen den Täter selbst nur religiösen und ethischen, nicht aber strafrechtlichen Normen unterstellt³⁰. Die Beihilfe zum Selbstmord kann deshalb nicht in Art. 25 einbezogen werden; denn der Gehilfe leistet hier nicht Hilfe «zu einem Verbrechen oder Vergehen»^{30a}. Außerdem ist die Beihilfe zum Selbstmord nur strafbar, wenn sie aus selbstsüchtigen Beweggründen erfolgte³¹. Der Gehilfe muß irgendeinen Vorteil anstreben, der nicht materieller Art zu sein braucht (etwa Rache oder Bosheit).

²⁸ Anderer Ansicht Heutschi, die Abtreibung im StGB S. 46, der einen großen Teil dieser Fälle in extensiver Auslegung dem Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 zuordnen will.

²⁹ BGE 71/IV/119.

³⁰ Thormann-Overbeck, Art. 115 N. 2; Schwander No. 280 (letzter Satz).

^{30a} Gleiches gilt für die Beihilfe zur Selbstbefreiung eines Gefangenen nach Art. 310 Ziff. 1 StGB und Mil.StGB Art. 105 Ziff. 1, 177 Ziff. 1.

³¹ Daß das Gesetz mit dieser Regelung «zwar das Richtige, aber nicht das Ganze» trifft, zeigt Sandberg, Der Selbstmord im StGB, in SJZ Band 23 S. 279 ff. auf.

Altruistische Beweggründe müssen jedoch Straflosigkeit nach sich ziehen. Eine gewisse Ähnlichkeit hat die Kuppelei (Art. 198 StGB). *Kuppelei* ist Beihilfe zu der an sich straffreien Unzucht. Auch hier mangelt der fördernden Tätigkeit das Kriterium der strafrechtlichen Akzessorietät; auch hier genügt nicht die einfache Hilfeleistung im Sinne von Art. 25 StGB. Als qualifizierendes Merkmal wird auf Seiten des Kupplers Gewinnsucht verlangt. Dabei muß es sich allerdings – im Gegensatz zur Beihilfe zum Selbstmord – um materielle Vorteile handeln. Ideelle Vorteile dürfen nicht als Gewinnsucht angesprochen werden³².

Zu der Verselbständigung der Beihilfe ist abschließend zu sagen, daß die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen, gewisse Förderungshandlungen zu *delicta sui generis* zu erheben, nicht vorwiegend in der fehlenden Akzessorietät zu suchen sind. Wie wir gesehen haben, waren die Gründe meist anderswo zu suchen: Beim Normalfall der Begünstigung und bei der Hehlerei lagen sie in der Nachträglichkeit der Unterstützungsleistung, weshalb diese beiden Teilnahmeformen gelegentlich auch als «Nachtaten» bezeichnet werden.

Bei der Abtreibungsbeihilfe nach Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 gaben die Beweisschwierigkeiten bei der Ermittlung von Täter und Gehilfen den Ausschlag. Nur bei der Beihilfe zum Selbstmord fehlte die Akzessorietät grundsätzlich, und wies der Tatbestand insofern eine Qualifizierung auf, als zur Begehung der Tat besondere Motive gefordert werden. Das gleiche gilt für die Kuppelei. – Eine Besonderheit gilt endlich auch im Hinblick auf die *Pressedelikte* nach Maßgabe von Art. 27 StGB. Die in dieser Gesetzesvorschrift statuierte Kaskadenhaftung geht den allgemeinen Bestimmungen des StGB vor, sodaß in ihrem Bereich die Art. 24 ff. StGB keine Anwendung finden. Weitergehende Bedeutung kommt dem Sonderrecht der Presse trotz des verfänglichen Wortlauts von Art. 27 StGB aber nicht zu. Die allgemeinen Vorschriften über die Teilnahme bleiben vorbehalten, soweit nicht der Verlag, Druck und Vertrieb der Presseerzeugnisse in Frage steht. Sie kommen etwa zum Zuge, wenn jemand den Verfasser oder Einsender zu einer strafbaren Handlung i. S. von Art. 27 StGB anstiftet oder ihm dabei Hilfe leistet³³.

³² Thormann-Overbeck, Art. 198 N. 6.

³³ BGE 73/IV/67; zum Pressestrafrecht im allgemeinen Hafter I, S. 492 ff. mit zahlreichen Literaturangaben; siehe auch Germann, Verbrechen S. 203 ff.

Nachdem wir jene Beihilfeakte abgesondert haben, denen der Gesetzgeber aus verschiedenen Gründen eigene Straftatbestände gewidmet hat, kommen wir nun zu einer Teilnahmeform, die nicht unter Art. 25 StGB fällt, weil sie begrifflich nicht ausreicht, um als Unterstützung einer Haupttat angesprochen zu werden. Gemeint ist die sogenannte *notwendige Teilnahme*. Es gibt Tatbestände, die jemand nur mit einem anderen Menschen oder für einen solchen verwirklichen kann, und die vom Gesetz doch so gefaßt sind, daß nur der eine als möglicher Täter genannt wird³⁴, im Gegensatz zu jenen Fällen notwendiger Teilnahme, bei denen alle Beteiligten als Mittäter bestraft werden (Zweikampf, Raufhandel, Landfriedensbruch)^{34a}. Ein Beispiel dafür ist Art. 167 StGB (vgl. auch SchKG Art. 287 und 288). Soweit nämlich bei der Bevorzugung eines Gläubigers dessen Teilnahme notwendig ist, damit der im Konkurs stehende Schuldner das Delikt überhaupt begehen kann, ist der Gläubiger nicht strafbar. Er kann die strafrechtlich mißbilligte Leistung, die ihm der Schuldner macht, ungestraft annehmen³⁵. Zur Verdeutlichung sei ein weiteres Beispiel gegeben: Ein Käufer, der in Kriegzeiten mehr als den von der Preiskontrolle festgesetzten Höchstpreis für eine Ware bezahlt, ist nicht wegen Beihilfe strafbar, wenn das Gesetz nur die Handlung des Verkäufers unter Strafe stellt³⁶. – Wann immer aber das Verhalten des «notwendigen Teilnehmers» über das passive Verhalten des Gewährenlassens hinausgeht, indem er z. B. die strafbare Handlung des Täters *aktiv* fördert, wird er zum Gehilfen im Sinne von Art. 25 StGB³⁷, oder er macht sich – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – der Anstiftung nach Art. 24 StGB schuldig³⁸.

Endlich ist Beihilfe möglich durch sogenannte *unechte Unterlassung*. (Diese ist allgemein dann gegeben, wenn jemand die Pflicht gehabt hätte, einen Deliktserfolg zu verhindern. So macht sich der unechten Unterlassung z. B. die Mutter schuldig, die ihr Kind nicht nährt, oder der Arzt, der der übernommenen Verpflichtung gewisse

³⁴ Beling, Grundzüge des Strafrechts S. 62.

^{34a} s. Schwander No. 279.

³⁵ BGE 74/IV/49; Logoz, Vorbem. zu Art. 24–26, 3. (Abs. 2).

³⁶ Schönke, Kommentar zum dStGB, Vorbem. zu § 47, VII S. 145.

³⁷ Vgl. dazu RGE 70/347.

³⁸ BGE 75/IV/112.

Gefahren vom Patienten fernzuhalten nicht nachkommt³⁹.) Beim Gehilfen ist deliktisches Verhalten i. S. unechter Unterlassung etwa in folgenden Fällen denkbar: Eine Garderobière läßt es vorsätzlich geschehen, daß ein zur Aufbewahrung gegebener Mantel gestohlen wird. – Oder: Ein Bankbeamter läßt, um einen Diebstahl zu unterstützen, pflichtwidrig den Kassenschrank offen⁴⁰. Ferner: Ein Vater mißhandelt seinen Säugling. Die Mutter läßt den Mann gewähren, anstatt ihm Einhalt zu gebieten.

³⁹ Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, in Frankfestgabe Band II S. 56; Schwander No. 156.

⁴⁰ Thormann-Overbeck, Art. 25 N. 5; Logoz Art. 25 N. 3. a.

2. Kapitel

Die objektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen

§ 3. Das Kausalverhältnis zwischen Beihilfe und Haupttat

Nachdem wir uns in der Einleitung über Begriff und Spielarten der Beihilfe orientiert haben, gilt es jetzt, alle jene äußeren Umstände aufzufinden, die für die Strafbarkeit des Gehilfen nach Art. 25 StGB vorausgesetzt werden müssen.

1. Allgemeines

Die Fragestellung sei zunächst ganz allgemein gehalten: Was muß ein beim Delikt Mitwirkender *objektiv* geleistet haben, damit ihn das schweizerische Strafgesetz wegen Beihilfe (Art. 25 StGB) mit Strafe bedroht? Die Strafrechtsordnung bestimmt in Art. 25 lediglich, *wer* Gehilfe ist, gibt uns aber über die Beschaffenheit der Gehilfentätigkeit nur den einen Anhaltspunkt, daß der Gehilfe zu einer strafbaren Tat «Hilfe leisten» muß. Ein weiterer Hinweis des Gesetzes zur Auffindung objektiver Kriterien steht nicht zur Verfügung. Jedoch birgt der Wortlaut des Gesetzes den allgemein anerkannten Grundsatz in sich, daß menschliches Handeln vom Strafrecht nur so weit bewertet wird, als angenommen werden kann, daß die Erfüllung eines Deliktstatbestandes (unter anderem auch) auf dieses Handeln zurückzuführen ist¹. Unsere Untersuchung darf sich also nicht nur auf die Förderungsleistung an sich erstrecken, sie muß auch ihre Beziehung zur Haupttat einschließen; denn nur dasjenige Verhalten einer Person kann vom geltenden Strafrecht als ein Akt der Beihilfe angesehen werden, das an der Erfüllung eines Verbrechens oder Vergehens mitgewirkt hat.

Gehen wir von dem eben erwähnten Grundsatz aus, daß menschliches Handeln vom Strafrecht nur so weit erfaßt wird als es für einen Deliktserfolg ursächlich geworden ist, so gelangen wir damit zum Ausgangspunkt unseres Fragenkomplexes, nämlich dem Problem des *Kausalzusammenhangs* zwischen Beihilfe und Haupttat. Dabei bedarf es zunächst einer kurzen Erklärung, was unter dieser strafrechtlichen Kausalität zu verstehen ist. – Die strafrechtliche

¹ Hafer I S. 79 f.

Verursachungslehre unterscheidet sich von der naturwissenschaftlichen Kausalitätslehre dadurch, daß sie aus der Unzahl von Bedingungen, die innerhalb der verschiedensten Lebensvorgänge für ebenso verschiedenartige Erfolge ursächlich werden, nur eine bestimmt geartete Gruppe erfaßt; nämlich jene Bedingungen, die sich in einem menschlichen Verhalten äußern, das ursächlich für einen strafrechtlich erheblichen Erfolg wird. Zwischen einem solchen Verhalten und einem strafrechtlich mißbilligten Erfolg erstreckt sich zunächst allgemein das Gebiet, in dem das Strafrecht sich für die Frage des kausalen Zusammenhangs interessiert. Aber auch innerhalb des so abgesteckten Gebietes finden sich wieder eine Unzahl von Bedingungen; aus ihrer Fülle greift die rechtliche Untersuchung endlich eine oder mehrere heraus, die sie als für ihre Betrachtung *maßgeblich* erachtet. Hierin liegt die Besonderheit der juristischen Auswertung der Kausallehre: Aus qualitativ gleichwertigen Bedingungen wird nur den rechtlich maßgeblichen Beachtung geschenkt². Diese werden dann – erlaubterweise – als *Ursache* (*conditio sine qua non*) bezeichnet³. Eine solche Bedingung setzt voraus, daß ohne ihre Wirksamkeit der Deliktserfolg nicht eingetreten wäre, gleichviel ob es sich um eine allein oder nur mit anderen zusammen wirksame Bedingung handelt⁴. Das Schweizerische Recht aber verlangt, um gegebenenfalls juristisch unerträgliche Ergebnisse zu vermeiden, daß ein menschliches Verhalten nur dann als *conditio sine qua non* für einen Erfolg gelten soll, wenn es *erfahrungsgemäß* geeignet war, den Erfolg herbeizuführen. Erst diese Verfeinerung des Ursachenbegriffs durch die Theorie von der adäquaten Verursachung – die auf den Physiologen von Kries zurückzuführen ist – gibt dem Richter die Möglichkeit, einem Rechtsbrecher gerecht zu werden⁵. Diese Theorie hat auch das Bundesgericht seit langem

² Die Lehre Birkmeyer's von der *causa efficiens*, der «wirksamsten Bedingung», die der gesunde Menschenverstand jeweils selbst auffinden soll, ist ebensowenig haltbar wie Örtmanns Lehre von der «letzten Bedingung»; denn alle Bedingungen sind qualitativ gleichwertig: Vgl. Germann, Teilnahme S. 27 ff. und dortige Literaturangaben.

³ Hafer I S. 80

⁴ Germann, Verbrechen S. 163.

⁵ Hafer I S. 82; – eine kurze übersichtliche Zusammenstellung der geltenden Kausaltheorien findet sich bei Guldemann, Zur Lehre von der strafrechtlich bedeutsamen Kausalität, in SZS Band 59 S. 108 ff.; Literaturangaben zum Kausalproblem bei Hafer I S. 79 und S. 81 N. 1.

seinen Urteilen zugrunde gelegt und immer wieder betont, daß ein adäquater Kausalzusammenhang nur dann anzunehmen sei, wenn der Erfolg ohne das Verhalten des Täters nicht eingetreten wäre, «sein Verhalten also notwendige, wenn auch nicht alleinige oder unmittelbare Voraussetzung des Erfolgseintritts ist und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet war, den Erfolg herbeizuführen»⁶.

2. Ist die Beihilfe kausal für den Enderfolg der Haupttat?

Die Frage, die sich nun erhebt, ist die, ob man eine unterstützende Tätigkeit, die ein Verbrechen lediglich fördert, auch als ursächlich für den Erfolg dieses Verbrechens ansehen darf, oder ob ein nur förderndes Verhalten nicht kausal für den Erfolg des fremden Delikts zu sein braucht oder gar nicht sein kann. Mit anderen Worten: Ist die Beihilfehandlung *conditio sine qua non* für den Deliktserfolg der Haupttat?

a) Hinweis des Gesetzes in Art. 305 StGB

Art. 25 StGB gibt uns auf die aufgeworfene Frage keine Antwort, doch findet sich innerhalb der Strafrechtsordnung an anderer Stelle ein Hinweis, der darauf schließen läßt, daß das Gesetz den Kausalzusammenhang mit dem Erfolg der Haupttat für die Beihilfe voraussetzt. In Art. 305 StGB wurde eine Beihilfefigur gesondert geregelt und zwar diejenige der Begünstigung (vorn S. 17 f.) Einer der Gründe, die dazu führten, die Personenbegünstigung selbständig auszugestalten, bestand in der Erwägung, daß der Begünstiger keine Bedingung i. S. einer *conditio sine qua non* für den Deliktserfolg setzt⁷.

Die Begünstigung kann eben deshalb nicht mehr als eine Mitverursachung der vorangegangenen Straftat angesehen werden, weil ein einmal begangenes Delikt keiner Förderung i. S. von Art. 25 StGB mehr fähig ist⁸. Daraus könnte man ableiten, daß der Gesetzgeber für die Beihilfe nach Art. 25 StGB die Kausalität als erforderlich erachtete. Diese These erfährt noch eine gewisse Bestätigung

⁶ BGE 68/IV/19.

⁷ Hafer I S. 236.

⁸ Gretener, Begünstigung und Hehlerei in historisch-dogmatischer Darstellung (1879) S. 97 f.; Brühwiler, Begünstigung S. 16 f.; Stooß, Grundzüge I S. 244; Bl. f. Z.R. Band 21, No. 109.

durch die Tatsache, daß derjenige, der dem Täter seine Unterstützung nach der Tat schon *vor* deren Begehung zusagt, noch als Gehilfe zu bestrafen ist⁹, weil er durch seine psychische Unterstützung am Delikt mitwirkt und dadurch auch für dessen Erfolg mitkausal wird. Der Hinweis des Gesetzes in Art. 305 StGB vermag für sich allein allerdings noch keine entscheidende Abklärung zur Kausalitätsfrage der Beihilfe zu geben. Es ist deshalb zu prüfen, ob und in welchem Ausmaße die Gerichte sich mit dieser Frage beschäftigt haben.

b) Rechtsprechung

Seit Inkrafttreten des neuen schweizerischen Strafgesetzbuches am 1. Januar 1942 hatte sich das Bundesgericht wiederholt mit Problemen der Gehilfenschaft auseinanderzusetzen¹⁰. Es hat in allen diesen Fällen immer wieder darauf hingewiesen, daß der Gehilfe einen Tatbeitrag erbringen muß, bzw. daß seine Betätigung den Charakter der Förderung aufweisen muß. So wurde zwar immer wieder die Notwendigkeit des Zusammenhangs der Beihilfe mit der Haupttat betont, offen blieb hingegen die Frage, ob die Mitwirkung des Gehilfen als *conditio sine qua non* für den *Erfolg* dieser Tat anzusehen ist. – Auch aus der Tatsache, daß das Bundesgericht für die Anstiftung (Art. 24 StGB) den Kausalzusammenhang mit der Haupttat verlangt¹¹ kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß der oberste Gerichtshof das gleiche Erfordernis für die Beihilfe aufstellt; denn der Zusammenhang der Anstiftung mit der Haupttat ist schon ganz allgemein ein stärkerer und unmittelbarer, da der Anstifter einen anderen zur Begehung der Tat – und damit auch zum Erfolg – *bestimmt*. Der rein tatsächliche Zusammenhang wird hier durch die gleichartig ausgerichtete Willensrichtung besonders verdeutlicht. Beim Gehilfen indessen fehlt diese Einheit der tat-

⁹ Vgl. BStR Art. 21: «Wer vorsätzlich die Vollbringung des Verbrechens durch Rat und Tat ... oder auch durch vorläufige Zusage eines erst nach verübter Tat zu leistenden Beistandes befördert ...» – Dies gilt auch noch im neuen eidgenössischen Strafrecht, das sich lediglich einer kasuistischen Aufzählung der Beihilfearten enthält. Siehe auch Liszt-Schmidt, Lehrbuch S. 340.

¹⁰ Insbesondere BGE 70/IV/19 und 75/IV/112; als Teil- oder Nebenfrage in BGE 69/IV/207; 70/IV/80; 72/IV/100; 77/IV/28.

¹¹ BGE 74/IV/49 E. 5; daß das Bundesgericht hier vom Kausalzusammenhang mit der Tat und nicht vom Kausalzusammenhang mit dem Taterfolg spricht, ist belanglos. Der Begriff der strafrechtlichen Kausalität schließt stets das Mitversuchen der Tat bis zum Eintritt des Erfolgs in sich.

ursächlichen und der willensmäßigen Richtung des Verhaltens: willensmäßig braucht dieser sich nicht um den Erfolg des Delikts, das er fördert, zu kümmern. Damit ist aber andererseits nicht bewiesen, daß er nicht trotzdem für den Erfolg der Haupttat in tatsächlicher Weise mitursächlich wird; denn Kausalität und Wille sind getrennte Gebiete. Darüber wird später noch zu sprechen sein. – Möglicherweise ist der Grund der fehlenden Stellungnahme des Bundesgerichts in der Hauptsache darin zu erblicken, daß die Praxis sich nicht für die Frage der Kausalität der Beihilfe interessiert. Wann immer es feststeht, daß eine Person einen deliktischen Förderungsbeitrag zur Haupttat erbracht hat, beschäftigt den Richter die hypothetische Erörterung, ob der Erfolg der Tat auch ohne die betreffende Unterstützungshandlung eingetreten wäre, nicht mehr. Stellt er aber fest, daß die «Gehilfentätigkeit» die Haupttat nicht gefördert hat oder gar nicht fördern konnte, so erübrigt sich schon wegen Fehlens der Akzessorietät eine weitere Stellungnahme. Von Beihilfe im Sinne des Gesetzes (Art. 25 StGB) ist hier nicht mehr die Rede. Immerhin hat aber das Zürcher Obergericht die Frage des Kausalzusammenhangs der Beihilfe mit der Haupttat einmal gestreift. Es erklärte nämlich die finanzielle Unterstützung einer Abtreibung als straflosen Beihilfeversuch, weil die Geldsendung zu spät eingetroffen war, um für die Abtreibung noch kausal werden zu können¹². Aber auch diese Stellungnahme ist nicht einläßlich genug, um eine grundsätzliche Klärung der Frage herbeizuführen.

Hingegen gibt die deutsche Rechtsprechung Anlaß zu einer ausführlicheren Diskussion des Kausalproblems, da das deutsche Reichsgericht zu wiederholten Malen zu dieser Frage Stellung genommen hat. So führte es z. B. im 58. Band, S. 114 ff. aus, es sei nicht notwendig, daß der Erfolg der Haupttat durch die Gehilfentätigkeit ursächlich mitbewirkt werde. Es sei darum auch rechtsirrig, wenn man einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Gehilfentätigkeit und dem schließlich eingetretenen Verbrechenserfolg verlange. Zwar müsse die Haupttat, bevor sie zum Abschluß komme, in irgendeinem Zeitpunkt durch das Verhalten des Gehilfen tatsächlich gefördert worden sein¹³, der Gehilfe müsse aber keine Bedingung für die Haupttat setzen. Es genüge, wenn er mit

¹² Bl. f. Z.R. Band 47, No. 10.

¹³ Diese Ansicht findet sich auch schon in älteren Entscheiden: Vgl. RGE 8/268 f.; 13/266 ff.; 27/157 f.

dem Willen handle, die Haupttat zu unterstützen und wenn dieser Wille sich in irgendwelchen Einwirkungen äußerer oder innerer Art manifestiere¹⁴. Diese Meinung des Reichsgerichts wird auch von Haupt¹⁵ geteilt. Er stellt neben den Begriff der «Ursächlichkeit» den der «Förderlichkeit», jedoch nicht im Sinne einer Gleichschaltung, sondern in der Meinung, daß der Hilfeleistende keine Bedingung der Verbrechensverwirklichung zu erfüllen brauche¹⁶.

Die Ansicht des Reichsgerichts kann nicht ohne weiteres hingenommen werden. Eine Verdeutlichung des juristischen Kausalbegriffs wird aufzuzeigen haben, ob und inwieweit ein Unterschied zwischen «Förderlichkeit» und «Ursächlichkeit» der Beihilfe in tatsächlicher Hinsicht überhaupt besteht. Am besten geht man hierbei von der in Deutschland immer noch vorherrschenden Äquivalenztheorie (Bedingungstheorie) aus, weil sie in der Regel eine scharfe Abgrenzung ermöglicht¹⁷. Sie besagt, daß bei einer Handlung die Ursächlichkeit dann zu bejahen ist, wenn diese Handlung nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß zugleich der Erfolg entfiel¹⁸. Das dürfte auch der Grundgedanke jenes Satzes sein, mit dem Hafter seine Abhandlungen über die Lehre vom Kausalzusammenhang eröffnet, indem er sagt, daß menschliches Handeln vom Strafrecht nur so weit bewertet wird, als angenommen werden kann, daß die Erfüllung eines Deliktstatbestandes auf dieses Handeln zurückzuführen ist¹⁹. Daß zu einem solchen Verhalten auch die Beihilfehandlung zu zählen ist, soll im Nachstehenden an einem vom Reichsgericht beurteilten Fall²⁰ dargelegt werden. Es handelte sich dabei um folgenden Tatbestand:

K hatte den Plan gefaßt, P körperlich schwer zu mißhandeln. Sch überließ dem Täter ein blaues Staubhemd, das diesen bei Ver-

¹⁴ So auch der letzte Entscheid des Reichsgerichts: RGE 75/113.

¹⁵ Beiträge zur Lehre von der Beihilfe, in ZStW Band 15 S. 202 ff.

¹⁶ Ebenso Leipziger Kommentar, § 49 N. 7, der noch hinzufügt, der Erfolg der Haupttat liege ja ohnehin nicht im Willen des Gehilfen.

¹⁷ Guldemann, Zur Lehre von der Kausalität, in SZS Band 59 S. 140.

¹⁸ Auch das Reichsgericht verlangt im übrigen – unter Zugrundelegung obiger Formel – daß der durch die Handlung herbeigeführte Erfolg sich in seinem ganzen kausalen Verlauf im Rahmen der täglichen Erfahrungen bewegen muß (RG 29/219) wodurch inhaltsmäßig eine Angleichung an die Adäquanztheorie erreicht wird.

¹⁹ Hafter I S. 79 f.

²⁰ RGE 8/267 ff.

übung der Tat unkenntlich machen sollte. In dieser Verkleidung lauerte K dem P auf und mißhandelte ihn. – Das Reichsgericht bestätigte zunächst, daß es sich bei dem Verhalten des Sch um einen Beihilfeakt handle und führte dann aus, eine solche Förderung bedinge aber nicht, «daß ohne dieselbe der Täter die Haupttat nicht hätte begehen können (S. 268)». Die Ursächlichkeit der Beihilfe wurde abgelehnt, da das Reichsgericht annahm, K hätte den P auch dann mißhandelt, wenn Sch ihm (dem K) das unkenntlich machende Staubhemd nicht geliehen hätte.

Dieses Ergebnis ist unrichtig. – Der Fehler, der dazu geführt hat, bei der Beihilfe zwischen Ursächlichkeit und bloßer Förderlichkeit zu unterscheiden, liegt in der falschen Ermittlungsmethode.

3. Konkrete Erfolgsbetrachtung ergibt Mitkausalität der Beihilfe

Das Reichsgericht prüft bei der Beihilfe den Erfolg der Haupttat in einer gewissen Verallgemeinerung. Das Maß der Abstraktion wird durch ein Werturteil bestimmt, wonach ein Verhalten nur daraufhin zu untersuchen ist, ob – im Falle man es wegdenkt – der Erfolg für die juristische Wertung ein anderer wird²¹. Letzteres ist dann der Fall, wenn der Erfolg ohne die Förderung überhaupt nicht mehr oder in viel geringerem Umfange oder bedeutend später etc. in die betreffende juristische Erfolgskategorie, in die die Haupttat fällt, einzugliedern wäre. Hiernach könnte man freilich zwischen einer nur förderlichen und einer auch ursächlich wirkenden Beihilfehandlung unterscheiden. Die Tätigkeit des Gehilfen, der sein Staubhemd verleiht, wäre für den Deliktserfolg (Mißhandlung) nicht kausal, da der Täter die Mißhandlung grundsätzlich auch ohne diese Unterstützung hätte zum Erfolg führen können. – Diese abstrakte Erfolgsbestimmung ist nicht haltbar; denn es darf nicht danach gefragt werden, ob ohne die Beihilfe ein juristisch gleichwertiger oder andersartiger Erfolg eingetreten wäre. Die Fragestellung muß vielmehr lauten: Hätte sich der Erfolg ohne die Tätigkeit des Gehilfen zur gleichen Zeit, am gleichen Ort, auf genau dieselbe Art eingestellt, wäre also *gerade dieser Erfolg* eingetreten? Das ist zu verneinen. Fragt man sich also, ob der Gehilfe durch sein Verhalten eine *conditio sine qua non* für den Deliktserfolg setzt, so darf man

²¹ Träger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht S. 46; Wecks, Grenzen S. 7.

sein Verhalten nicht zu einem abstrakt definierten Erfolg in Beziehung setzen, sondern nur zu dem tatsächlich eingetretenen, zum *konkreten Erfolg* also²².

Maßgebend ist der Erfolg in seiner individuellen Gestalt. Ob er «sonstwie» eingetreten wäre, wenn man sich die Beihilfe wegdenkt, ist eine Frage, die bei der Prüfung des Kausalzusammenhangs nicht interessiert. Im übrigen nimmt das Reichsgericht durch seine Argumentation eine Bewertung der einzelnen Beihilfeakte vor. Jede Bewertung aber liegt bereits außerhalb der rein ontologischen Bedeutung des Kausalbegriffs und gehört in das Gebiet der Tatbestandsmäßigkeit. – Ein weiteres Beispiel möge die hier vertretene Meinung verdeutlichen: Die X sucht für ihre schwangere Freundin eine Abtreiberin auf. Sie vermittelt Zusammenkünfte zwischen den beiden und macht sich dadurch der psychischen Gehilfenschaft zur nachfolgenden Abtreibung (Art. 25 in Verbindung mit Art. 118 StGB) schuldig²³. Auch hier darf die ursächliche Mitwirkung nicht verneint werden, etwa mit der Erwägung, der Schwangeren sei die Adresse bekannt gewesen, und es wäre wohl anzunehmen, daß sie sich gegebenenfalls selbst mit der Abtreiberin in Verbindung gesetzt hätte. Im Gegenteil zeigen gerade Beihilfeakte wie der vorliegende, die das Delikt überhaupt erst ermöglichen, besonders deutlich, daß die Beihilfe nicht nur förderlich, sondern auch mitursächlich für die Haupttat ist; der vorgenannte Deliktserfolg ist in seiner konkreten Gestalt nicht denkbar, wenn man die durch die X geschaffenen Voraussetzungen wegdenkt.

Allerdings kann die Beihilfe nie alleinige Bedingung im Sinne der *conditio sine qua non* für einen Deliktserfolg sein. Das ist aber insofern selbstverständlich, als der Gehilfe ohnehin stets nur einen Beitrag zur Tat leistet, nie die Handlung selbständig ausführt. Dies liegt im Wesen der Gehilfenschaft begründet. Für die Frage des rechtserheblichen Kausalzusammenhangs ist dies aber unbeachtlich, da nicht gefordert wird, daß das Verhalten einer Person «alleinige oder unmittelbare Ursache des Erfolges» sei²⁴. – Die Tatsache, daß

²² Vgl. dazu Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände S. 11; Mezger, Lehrbuch S. 114 f.; Liszt-Schmidt, Lehrbuch S. 162; Schönke, Vorbem. IV zum Allgem. Teil, S. 18; Ohlshausen Vorbem. 13 zu § 47; Welzel, Grundriß S. 27; Wecks, Grenzen S. 8.

²³ Bl. f.Z.R. Band 37, No. 117.

²⁴ BGE 68/IV/19.

der Gehilfe nur der fremden Tat zudient, darf aber bei der Überprüfung des Kausalzusammenhangs nicht mit der subjektiven Seite der Helferschaft verquickt werden. Sonst kommt man zu dem Schluß, den der Leipziger Kommentar²⁵ zieht, nämlich daß der Gehilfe seinen Tatbeitrag nur leistet mit dem Willen, die Haupttat zu fördern, daß er nicht nach dem Erfolg frage und darum sein Verhalten auch nicht ursächlich sein könne. Der Kausalzusammenhang muß jedoch ohne Berücksichtigung der subjektiven Seite des Gehilfen überprüft werden; denn er ist «der zwar nicht wahrnehmbare, aber im Denken erfassbare gesetzliche Zusammenhang in der Aufeinanderfolge realen Geschehens und ist darum als solcher ebenso real wie das Geschehen selbst»²⁶.

Das vorstehend Gesagte gilt auch für die Beihilfe durch ein Unterlassen. Zwar fehlt hier der mechanische Kausalzusammenhang zwischen menschlichem Verhalten und Eintritt des Deliktserfolgs. Juristisch aber ist Kausalität vorhanden²⁷. Eine Unterlassung wird dann ursächlich, wenn die unterlassene Handlung nicht hinzuge-dacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfielen²⁸. Die frühere Auffassung «aus nichts kann nichts werden» ist fallengelassen worden. Die moderne Lehre hat erkannt, daß es sich bei dem Kausalverhältnis zwischen Unterlassung und Deliktserfolg um eine logisch-erkenntnistheoretische Verbindung zweier Gegebenheiten handelt, um eine Form unseres Denkens und Erkennens also²⁹.

4. Das Kausalverhältnis als «strafrechtliche Arbeitshypothese»

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß die Beihilfe für den Deliktserfolg der Haupttat mitursächlich ist³⁰. Kausalität und tatsächlicher Eintritt des Verbrechenserfolgs sind aber für die *Strafbarkeit* des Gehilfen an und für sich unwesentlich; denn sie geben nur ein Indiz für die Strafbarkeit ab³¹. Das einzige, was wir

²⁵ § 49 N. 7.

²⁶ Welzel, Grundzüge S. 26.

²⁷ Hafter I S. 83.

²⁸ RGE 75/50.

²⁹ Liszt-Schmidt, Lehrbuch S. 172 f.; Hafter I S. 83.

³⁰ Schwander No. 252; Germann, Teilnahme S. 20; in neuester Zeit erblickt dieser Autor in der Kausalität einen Faktor des Bewußtseins, zählt sie also zum Vorsatz des Gehilfen; vgl. Verbrechen S. 200.

³¹ Guldemann, zur Lehre von der Kausalität, in SZS Band 59 S. 122.

mit der kausalen Betrachtung gewonnen haben, ist die Feststellung, daß sich das Verhalten des Gehilfen unter den Bedingungen befindet, die einen Deliktserfolg verursachen. Diese Feststellung enthält aber noch keinerlei strafrechtliche *Wertung* dieses rein äußerlichen Verhaltens des Gehilfen. Die Bejahung des Kausalzusammenhangs gibt lediglich das Zeichen, daß eine solche Wertung jetzt einzusetzen hat, indem der Reihe nach zu untersuchen ist, ob das kausale Verhalten auch alle Verbrechenmerkmale (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld) aufweist³². Jede Wertung aber, das wurde schon angedeutet, liegt außerhalb der ontologischen Bedeutung des Kausalitätsbegriffs, woraus sich ergibt, daß Kausalität und strafrechtliche Haftung getrennte Gebiete sind. Die Kausalität als vorjuristische Seinsbetrachtung weist nur den Weg in jenes Gebiet³³. — Die kausale Betrachtungsweise hat also keine andere Bedeutung als die, das faktische Material aufzusuchen und bereitzustellen, demgegenüber eine strafrechtliche Wertung in Frage kommt³⁴. Sehr richtig hat deshalb Wegner³⁵ die Kausalität eine «strafrechtliche Arbeitshypothese» genannt.

§ 4. Die Hilfeleistung als objektiver Tatbestand

1. Verlangt wird ein Tatbeitrag, der das Delikt fördert

Daß die Mitkausalität der Beihilfe beim Erfolg der Haupttat für sich allein noch nichts über die Strafbarkeit des Gehilfen auszusagen vermag, wurde im vorangehenden Paragraphen aufgezeigt. Aufgabe dieses Abschnittes ist es, darzutun, daß in objektiver Hinsicht außer der Mitverursachung der Haupttat das Tatbestandsmerkmal der Hilfeleistung (Art. 25 StGB) erfüllt sein muß. Eine deliktische Unterstützungshandlung im Sinne des Gesetzes ist dann erbracht, wenn eine Handlung in äußerlich erkennbarer Weise ein Verbrechen zu unterstützen geeignet ist, und wenn es auch tatsächlich als Beitrag zu einem Delikt erbracht wird. Nur die äußerlich erkennbare Hilfeleistung kann also Förderung nach Maßgabe von

³² Liszt-Schmidt, Lehrbuch S. 163.

³³ Kroppenberg, Die Abgrenzung der Beihilfe in objektiver und subjektiver Beziehung, Diss. Köln 1936 S. 9.

³⁴ E. Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, in Frankfestgabe Band II S. 115.

³⁵ Reform des Strafrechts S. 106.

Art. 25 sein. – Bei den Akten physischer Beihilfe wird der Nachweis leicht zu erbringen sein, da sie sich in körperlichen Betätigungen äußern. Aber auch psychische Unterstützungshandlungen manifestieren sich in wahrnehmbaren Akten: z. B. in Gesprächen, im Vermitteln von Adressen etc. Selbst in wortlosem Verhalten kann sich die Förderung eines Delikts offenbaren. Wer zum Beispiel ein Zimmer verläßt, damit der Täter in diesem Raum ein Delikt begehen kann, erbringt gegebenenfalls schon dadurch einen Tatbeitrag. Denkbar ist folgender Fall: G geht aus dem Zimmer, damit ein Verbrecher in diesem Raum mit einem Kinde unzüchtige Handlungen vornehmen kann (Art. 191, Ziff. 2 StGB). – Indessen gibt es auch Handlungen, die dem ersten Anschein nach Förderungscharakter tragen, ohne jedoch Hilfeleistung i. S. des objektiven Tatbestandes von Art. 25 StGB zu sein. Von ihnen wird nun zu sprechen sein.

2. Keine Förderung ist die «abhaltende Bedingung»

Der Begriff der abhaltenden Bedingung läßt sich am besten anhand eines Beispiels verdeutlichen:

Ein Dieb ist in eine Wohnung eingedrungen, in der sich eine private Kunstsammlung befindet. Er hat es auf ein bestimmtes Gemälde abgesehen, wird aber beim Herausschneiden des Bildes aus dem Rahmen vom Abwart des Hauses überrascht. Dieser fällt ihm unerschrocken in den Arm und entreißt ihm das Schneidewerkzeug. Schnell ergreift der Dieb eine in der Nähe stehende Vase, die den Wert des Bildes noch übersteigt, und flieht.

Durch sein Verhalten hat der Abwart am konkreten Deliktserfolg (Diebstahl der kostbaren Vase) mitgewirkt. Unzweifelhaft ist aber in seiner Tätigkeit keine Förderungshandlung zu erblicken, obwohl er dem Dieb durch sein Verhalten zu einer noch wertvolleren Diebesbeute verhalf, als dieser sie erhofft hatte. – Wir brauchen nicht einmal die subjektive Seite dieses «Beihilfeaktes» zu untersuchen; denn es ist selbstverständlich, daß der Abwart den Diebstahl nicht fördern, sondern verhindern wollte. Schon eine rein objektive Betrachtung ergibt sofort, daß eine Betätigung, die darin besteht, einem Verbrecher während der Deliktsbegehung in den Arm zu fallen, die strafbare Tat nicht unterstützt, sondern ihr entgegenwirkt und dadurch geeignet ist, den Deliktserfolg zu verhindern. Obwohl also der Abwart eine Bedingung für den Deliktserfolg ge-

setzt hat, kann hier nicht von Beihilfe gesprochen werden, da das objektive Förderungsmoment fehlt. Der Abwart könnte schon wegen Mangel am objektiven Tatbestand gar nicht unter Anklage gestellt werden.

Was im übrigen die von dem Abwart gesetzte «Bedingung» anbelangt, so stellt sie nach den Maßstäben der in der Schweiz angewandten Adäquanztheorie auch keinen rechtlich erheblichen Faktor dar; denn eine Handlungsweise wie die des Abwarts zieht «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge»³⁶ keinen derartigen Erfolg nach sich. Dem Verhalten des Abwarts fehlt demnach schon der rechtserhebliche Kausalzusammenhang mit der Haupttat. – Auch Träger³⁷ behandelt die Frage der abhaltenden Bedingung. Er spricht aber solchen Handlungen nicht aus einer objektiven Betrachtung der Tätigkeit an sich den Beihilfecharakter ab, sondern nur deshalb, weil derartige Eingriffe «nicht Bedingungen für den juristisch interessierenden Erfolg» seien³⁸.

Der genannte Autor gibt dazu folgendes Beispiel: «Wer einem Mörder in den Arm fällt und dadurch bewirkt, daß der Axthieb nicht den Kopf, sondern die Schulter des Opfer trifft, hat zwar zu dem Erfolg in seiner konkreten Bestimmtheit eine Bedingung gesetzt, aber nicht zu dem juristisch interessierenden Erfolg. Denn denken wir uns jene Handlung hinweg, so wäre der Angegriffene noch schwerer verletzt, wenn nicht gar getötet worden.» Träger will den abhaltenden Charakter des Verhaltens also nur anerkennen, wenn er sich im Erfolg widerspiegelt, dergestalt, daß etwa der Diebstahlsschaden geringfügiger, das Opfer weniger schwer verletzt wird. In unserem obigen Beispiel vom Dieb und dem Abwart wurde aber dargelegt, daß die abhaltende Eigenschaft schon aus der Betätigung selbst zu ersehen ist. Der Abwehrcharakter braucht sich nicht spürbar im Erfolg auszuwirken in dem Sinne, daß dieser Erfolg konkret abgeschwächt wird. – Im übrigen verneint aber auch Träger schon die Kausalität solcher Eingriffe Dritter in ein Delikt, da nach ihm nur die befördernde Bedingung zugleich auch Bedingung im Rechtssinne ist. Was nicht befördernd ist, sei für den Juristen irrelevant³⁹. – Der Begriff der juristischen Irrelevanz deckt sich

³⁶ BGE 68/IV/19.

³⁷ Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht S. 56 ff.

³⁸ Träger, a. a. O. S. 57.

³⁹ Träger, a. a. O. S. 61.

dabei mit dem Begriff des Mangels am Tatbestand; denn was nicht tatbestandsmäßig ist, fällt für die strafrechtliche Betrachtung aus.

3. Der fehlende Förderungscharakter bei «sozialadäquaten Beihilfehandlungen»

a) Das Problem

Der Fall der «abhaltenden Bedingung» ist nicht der einzige, bei dem der objektive Förderungscharakter einer «Beihilfehandlung» in Frage gestellt werden kann. Es gibt eine Gruppe bestimmt geariteter Tätigkeiten, bei denen es zumindest problematisch ist, ob durch ihre Vornahme das objektive Tatbestandsmerkmal der Hilfeleistung nach Maßgabe von Art. 25 StGB erfüllt wird. Gemeint sind hier alle jene Handlungen, die jemand in Ausübung seines erlaubten Berufes vornimmt, durch die aber zugleich ein Verbrechen oder Vergehen gefördert wird.

Sind solche Betätigungen, die sich in einem verkehrsmäßigen Verhalten der betreffenden Person darstellen, als strafrechtlich mißbilligte Handlungen zu bewerten? Sind sie als Hilfeleistungen im Sinne des Gesetzes anzusprechen, sofern sie mit einem Delikt-tatbestand zusammenfallen?

In den Deliktsnormen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches werden bestimmte Rechtsgütergruppen nach verschiedenen Richtungen hin geschützt (so etwa das Leben in Art. 111–121, die Freiheit in Art. 180–186 oder das Vermögen in Art. 137–172 StGB). Fraglich ist indessen, ob der Schutzgedanke sich gegen jede Art von Beeinträchtigung richtet, oder ob das soziale Gemeinschaftsleben verlangt, daß gewisse Gefährdungen oder Verletzungen vom Individuum in Kauf genommen werden. Mit anderen Worten: daß nur solche Beeinträchtigungen der Rechtsgüter vom Strafrecht mißbilligt werden, die sich im reichverzweigten Gemeinschaftsleben als in besonderem Maße schädlich oder gefährlich und daher als sozial untragbar erweisen.

Diese Vorfrage ist zunächst abzuklären, bevor wir – in Beantwortung der Hauptfrage – dazu Stellung nehmen können, ob die Ausübung einer normalen Berufstätigkeit als tatbestandsmäßige Hilfeleistung im Sinne von Art. 25 StGB anzusprechen ist, sofern sie in Verbindung mit einem Delikt steht.

b) Rechtsgutsverletzungstheorie

Eine Antwort auf die Frage, welche Beeinträchtigungen vom Strafrecht mißbilligt werden, gibt uns die Rechtsgutsverletzungstheorie. Diese Theorie geht von dem Gedanken aus, daß jede Rechtsgutsverletzung gegen die Normen des Strafgesetzbuchs verstößt. Sie prägt einen Verbrechensbegriff, dessen Inhalt sich in der Feststellung erschöpft, Verbrechen sei jede schuldhaft herbeigeführte Verletzung eines Rechtsguts. Diese Anschauung geht demnach von der Vorstellung aus, daß der ursprüngliche Zustand der Rechtsgüter ein Zustand der Freiheit und Sicherheit vor jeglicher Verletzung sei; erst das Verbrechen trägt also Verletzungen an das wohlbehütete Rechtsgut heran⁴⁰. Sicherlich will die genannte Theorie den an sich richtigen Gedanken zum Ausdruck bringen, daß das Strafrecht den Zweck hat, die soziale Ordnung vor verletzenden Angriffen zu schützen; sie sieht aber die Rechtsgüter nicht im lebendig pulsierenden sozialen Lebensraum, sondern in einer erstarrten funktionslosen Welt⁴¹. Denn das moderne Leben ist voll von kleineren oder größeren Beeinträchtigungen unserer Rechtsgüter (z. B. Freiheit oder Leben), ohne daß man bei solchen Gefährdungen oder Verletzungen von Deliktstatbeständen im strafrechtlichen Sinne sprechen dürfte. Die Rechtsgutsverletzungstheorie schenkt dem keine Beachtung. Sie betrachtet alle Deliktstatbestände in einem äußerlich kausalen Sinne. Den materiellen Gehalt des Unrechts sieht sie allein in der Erfolgsherbeiführung, d. h. in der Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes, soweit sie sich dem Wortlaut nach einem Tatbestand subsumieren lassen. H. Mayer⁴² verdeutlicht diesen Fehler in einem anschaulichen Vergleich: Die soziale Wertwelt – so charakterisiert er die Situation – erscheine in der genannten Theorie wie ein großer Lehrsaal der Physik, in dem alle Gegenstände hübsch an ihrem Platz zu bleiben haben. Der Verbrecher verkörpere die Rolle des unerwünschten Experimentators, der sich an den Gegenständen zu schaffen macht. – Noch besser veranschaulicht Welzel⁴³ den Gedanken des leblosen Unversehrtbleibens in folgendem Vergleich: Die Rechtsgüter gleichen

⁴⁰ Welzel, Studien, S. 515; Wecks, Grenzen S. 47.

⁴¹ Welzel, a. a. O. S. 514.

⁴² Das Strafgesetzbuch des deutschen Volkes, Stuttgart 1936, S. 205, zitiert bei Welzel, Studien S. 514 und Wecks, Grenzen S. 46.

⁴³ a. a. O. S. 514.

Museumsstücken, die man aus Angst vor schädlichen Einflüssen sorgfältig hinter Glas verwahrt, nur dem Blick der Beschauer freigegeben. Der Verbrecher verletzt diese gesicherte Sphäre, indem er mit roher Faust eingreift. – Daß dies nicht der wirklichen Stellung der Rechtsgüter im weitgespannten Netz des sozialen Lebens entspricht, zeigt Welzel⁴⁴ dann in eindringlicher und lebendiger Weise auf:

«In Wirklichkeit gibt es Rechtsgüter nur, wenn und soweit sie in Funktion sind, d. h. soweit sie im sozialen Leben wirkend und Wirkungen empfangend darin stehen. Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum usw. sind nicht einfach «da», sondern ihr Dasein ist In-Funktion-Sein, d. h. in der sozialen Verbundenheit Wirkungen ausübend und Wirkungen erleidend. Und diese Wirkungen sind – auch in dem gedachten verbrechenslosen Urzustand – keineswegs bloß positiver (steigernder, mehrerender) Art, sondern ebensosehr und noch mehr negativer (beeinträchtigender, aufzehrender) Art. Alles soziale Leben besteht ja im Einsatz und Verbrauch von «Rechtsgütern», wie letztlich alles Leben stets zugleich Verbrauch des Lebens ist. So ist ein soziales Zusammenleben doch nur denkbar, wenn z. B. die Bewegungsfreiheit des einzelnen immerfort eingeschränkt ist, – jede anstrengende Arbeit verlangt Einsatz körperlicher Kräfte, bedeutet Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens, ganz zu schweigen vom modernen Massenverkehr, der sich ja nur auf dem Grunde von gegenseitigen Freiheitsbeschränkungen und körperlichen Beeinträchtigungen abzuspielen vermag. (So enthält die banale Tatsache, daß Eisenbahn, Straßenbahn, Omnibus nur an den vorgesehenen Stationen halten, millionenfache Freiheitsbeschränkungen der Fahrgäste. Nach der Rechtsgutsverletzungstheorie müßten es lauter tatbestandsmäßige Freiheitsberaubungen sein, deren Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung beseitigt wäre.) ... Nun nehme man hinzu, daß dieses soziale Leben in immer steigendem Maße mit «riskanten» Tätigkeiten erfüllt ist, Risiken, die jemand ausübt oder erleiden muß und die bis zum Einsatz des Lebens gehen. Man erwäge ferner, wie das Leben die Tendenz hat, sich an diese Risiken zu gewöhnen, so daß sie schließlich als alltägliche Bestandteile des sozialen Daseins unbeachtet bleiben ...

Bedenkt man das alles, so wird einem handgreiflich klar, daß in einer Definition des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung (oder -gefährdung) das Entscheidende ungesagt bleibt. Wollte das Recht ernsthaft alle Rechtsgutsverletzungen als objektives Unrecht verbieten, so würde jedes soziale Leben augenblicklich stillestehen müssen, und wir hätten jene Museumswelt, die nur der Beschauung gewidmet wäre.»

⁴⁴ a. a. O. S. 515 f.

c) *Die Abschwächung der Rechtsgutsverletzungstheorie durch die Lehre von der sozialadäquaten Handlung*

Aus der Kritik an der Rechtsgutsverletzungstheorie geht zweierlei hervor:

1. Der Sinn des Rechts kann nicht darin bestehen, daß es von unversehrt gedachten Rechtsgütern jegliche verletzende oder gefährdende Einwirkung abhalten will; vielmehr sollen nur jene Einwirkungen verboten sein, die einen solchen Intensitätsgrad erreichen, daß sie mit dem Begriff eines sittlich geordneten Gemeinschaftslebens nicht mehr vereinbar sind. Die Verbote der Rechtsordnung richten sich also nicht gegen jede Beeinträchtigung der Rechtsgüter, sondern nur gegen jene Verletzungen und Gefährdungen, die das Maß der – für das moderne Leben – normalen Beeinträchtigungen übersteigen⁴⁵.

2. Zu den strafrechtlich mißbilligten bzw. verbotenen Handlungen gehören also die Betätigungen, die den Rahmen des *erlaubten sozialen Risikos* sprengen und deshalb geahndet werden müssen. Alle anderen Handlungen hingegen unterfallen niemals Deliktstatbeständen, auch wenn man sie dem Wortlaut nach den Normen der Strafrechtsordnung subsumieren könnte; denn sie überschreiten nicht das erlaubte soziale Risiko im Sinne der – nach moderner Auffassung – erträglichen Gefährdungen und Verletzungen. – Welzel faßt alle Tätigkeiten dieser Art unter dem Schlagwort «sozialadäquate Handlung» zusammen und unterstellt sie der folgenden generellen Definition: «Sozialadäquat sind alle Betätigungen, die sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozial-ethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen»⁴⁶.

Durch die Lehre von der sozialen Adäquanz ist indessen die Rechtsgutsverletzungstheorie nicht völlig widerlegt; sie hat vielmehr lediglich eine notwendige Abschwächung erfahren dadurch, daß aus der Unzahl der Rechtsgüterverletzungen jene ausgeschaltet wurden, die nicht schwer genug wiegen, um vom Strafrecht erfaßt zu werden.

⁴⁵ Welzel, Studien S. 516.

⁴⁶ Welzel, Grundzüge S. 36, III, 1.

d) Sozialadäquate Handlungen im Gebiet der Beihilfe

Wenden wir nun die gewonnenen Erkenntnisse auf die eingangs gestellte Frage an; prüfen wir anhand von Beispielen, ob Handlungen, die eine Person in Ausübung ihres erlaubten Berufs vornimmt, als Hilfeleistung im Sinne von Art. 25 StGB anzusprechen sind, oder ob solchen Tätigkeiten der deliktische Förderungscharakter aus Gründen der sozialen Adäquanz fehlt, womit sie wegen Mangel am objektiven Tatbestand aus den weiteren Untersuchungen auszuscheiden hätten.

1. Beispiel:

Ein Taxichauffeur erhält den Auftrag, jemanden zum Bahnhof zu fahren. Beim Einsteigen hört er, wie sein Fahrgast einer Begleitperson zuraunt, er werde dann im Zug den Koffer des X entwenden. Obwohl der Taxichauffeur nun weiß, daß sein Fahrdienst einem Deliktsplan Vorschub leistet, bringt er den Betreffenden zum Bestimmungsort. Hat er Beihilfe zum Diebstahl geleistet?

2. Beispiel:

Ein Rechtsanwalt wird von der Ehefrau eines Gefängnisinsassen, der gelegentlich seine Angehörigen besuchen darf, um eine Rechtsauskunft gebeten. Sie will wissen, ob sie dem Gefangenen ungestraft Hilfe zur Flucht leisten dürfe. Der Anwalt übersieht versehentlich Art. 310 Ziff. 1 StGB und erteilt seinen Rat dahingehend, daß Angehörige für ein solches Verhalten nicht bestraft werden können. Die Klientin wird dadurch in ihrem Vorhaben bestärkt, worüber sich der Anwalt im klaren ist. Hat er Beihilfe zur Befreiung eines Gefangenen (Art. 25 in Verbindung mit Art. 310 StGB) geleistet?⁴⁷

3. Beispiel:

Die Verkäuferin eines Textilgeschäftes verkauft einem jungen Mann eine Maske und ein schwarzes Tuch, obwohl sie in Erfahrung gebracht hat, daß der Betreffende plant, in dieser Verkleidung ein Jagdvergehen auszuführen. Der Wilderer erlegt in der darauffolgen-

⁴⁷ Der vorliegende Fall wurde inhaltlich dem RGE 37/321 ff. nachgebildet. Was das Urlaubsrecht eines Gefangenen anbelangt, so besteht dies in der Schweiz nur vereinzelt und unter besonderen Voraussetzungen. So z. B. in der Strafanstalt St. Gallen, wo kurz vor der bedingten Entlassung stehende Sträflinge – anfänglich mit, später ohne Begleitung – zu bestimmten Zeiten ihre Angehörigen besuchen dürfen.

den Nacht zwei Rehe. Er wird nach Art. 39 in Verbindung mit Art. 57 Ziff. 2 des JagdG zu 4 Wochen Gefängnis verurteilt. Hat die Verkäuferin Beihilfe zum Jagdfrevel geleistet?

Es stellt sich für uns also die Frage, ob wir es bei den drei angeführten Beispielen mit (objektiven) Förderungshandlungen im Sinne von Art. 25 StGB zu tun haben, d. h. ob die Tätigkeiten der genannten Personen (Taxichauffeur, Rechtsanwalt, Verkäuferin) als sozial untragbares Verhalten anzusprechen sind.

Nach den Maßstäben, die die Lehre von der sozialen Adäquanz uns vermittelt hat, ist diese Frage zu verneinen. Alle drei «Gehilfen» der vorgenannten Beispiele haben Tätigkeiten ausgeführt, die sich ihrer Funktion nach innerhalb der Ordnung unseres Gemeinschaftslebens bewegen. Das Verhalten der genannten Personen ist zwar jeweils durch seine kausale Verbindung zu einem Delikt (Diebstahl, Gefangenenbefreiung, Jagdvergehen) «an sich» tatbestandsmäßig. Es unterliegt aber nicht einmal einem vorläufigen Unwertsurteil, da in allen drei Fällen ein sozial übliches, normales Handeln gegeben ist, das nicht über den Rahmen der «geschichtlich gewordenen, sozial-ethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens hinausgeht». In allen drei Fällen fehlt also der in Art. 25 StGB verlangte objektive Förderungscharakter der Beihilfe. Die Lehre Welzels von der sozialadäquaten Handlung hat demzufolge auch im Bereich der Beihilfe ihre Bestätigung gefunden^{48, 48a}.

⁴⁸ Ob allerdings die schweizerische Praxis die Gültigkeit dieser Theorie gegebenenfalls einschränkungslos anerkennen würde, erscheint zumindest fraglich. Es ließe sich denken, daß z. B. das Bundesgericht im einen oder anderen Fall (vgl. insbesondere Beispiel No. 3 S. 39 f.) doch strafbare Beihilfe annehmen würde.

^{48a} Die Einordnung der sozialadäquaten Handlung unter die Fälle des Mangels am objektiven Tatbestand (Art. 25 StGB) machte es notwendig, vorab die äußere Seite des Verhaltens zu betonen. Um Mißverständnissen vorzubeugen ist jedoch der Hinweis schon an dieser Stelle unerläßlich, daß sich auf sozialadäquates Verhalten nur berufen kann, wer auch den *Willen* hat, durch sein Handeln lediglich seine normalen Berufspflichten zu erfüllen.

Sobald der Gehilfe mit äußerlich verkehrsüblichen Tätigkeiten die *Absicht* verfolgt, ein Delikt zu *fördern*, wird die Lehre von der sozialen Adäquanz gegenstandslos. So wäre etwa die Personenbeförderung des Taxichauffeurs strafrechtlich erheblich, wenn dieser den geplanten Kofferdiebstahl hätte unterstützen wollen; die Auskunftserteilung des Anwalts müßte als Beihilfe zur Gefangenenbefreiung gewertet werden, wäre sie mit dem Willen gegeben worden, der Ehefrau des Sträflings eine psychische Unterstützung zukommen zu lassen; auch die

§ 5. Die Bedeutung des engen respektive losen Zusammenhangs der Beihilfe mit der Haupttat

1. Die Problemstellung

Durch die Ausscheidung der abhaltenden Bedingung und der sozialadäquaten Beihilfehandlungen haben wir versucht, den objektiven Förderungscharakter der Beihilfe zu präzisieren. Es hat sich bei der Absonderung dieser Fälle aber um ganz bestimmte Gruppen von Tätigkeiten gehandelt, die schon in sich keine genügende Eignung zur Deliktsförderung aufwiesen: bei der abhaltenden Bedingung, weil sie in äußerlich erkennbarer Weise einem strafrechtlich erheblichen Vorgang entgegenwirkte, bei der sozialadäquaten Handlung, weil sie funktionell – aber ebenfalls schon äußerlich erkennbar – in außerstrafrechtliches Gebiet (normale Berufsausübung) wies.

Die Frage ist, ob sich der fehlende Förderungscharakter eines Beihilfeaktes nicht noch aus anderen, außerhalb der Handlung selbst liegenden Kriterien, ableiten läßt. Ein solches Kriterium allgemeiner Art könnte in der Distanz der Beihilfe zum Hauptdelikt zu erblicken sein. Voraussetzung dafür ist, daß ein objektiver «Grenzpunkt» aufgefunden werden kann, der zu der Feststellung berechtigt: Von hier aus kann eine Beihilfehandlung noch einen Förderungsbeitrag im deliktischen Sinne darstellen. Was hinter diesem Punkt, also weiter von der Haupttat entfernt ist, trägt diese Förderungsseignung nicht mehr, weil die Distanz zum Delikt zu groß, d. h. der Zusammenhang mit der Haupttat zu lose ist, als daß das Förderungsmoment noch erkennbar wäre.

Ausgangspunkt für die Auffindung eines solchen Grenzpunktes ist eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, die ermittelt, ob die Haupttat bzw. ihr deliktischer Erfolg von der so und so weit entfernten Beihilfe noch förderlich beeinflusst wird. – Allgemein läßt sich zunächst sagen, daß die Wahrscheinlichkeit, mit der aus einer Hand-

Verkäuferin wäre als Gehilfin zum Jagdfrevel zu bestrafen, hätte sie die Gegenstände in der Absicht verkauft, dem Wilddieb die Tat zu erleichtern.

Die Überprüfung der subjektiven Seite des Verhaltens bei sozialadäquaten Handlungen ist sogar mit besonderer Sorgfalt vorzunehmen. Es könnte sonst passieren, daß man einen gewiegtten Verbrecher, der unter dem Deckmantel harmloser Berufsausübung sein Unwesen treibt, davonkommen läßt (vgl. dazu auch RGE Band 37/323; Weeks, Grenzen, S. 53).

lung der Deliktserfolg erwartet werden kann, generell um so geringer sein wird, je größer der Zeitraum ist, der zwischen der Ausführung der Handlung und dem Erfolgseintritt liegt; dieser Zeitraum ist vom Beihilfeakt aus gesehen normalerweise⁴⁹ größer als bei der unmittelbaren Ausführungshandlung, da zu der Beihilfehandlung notwendigerweise erst noch ein anderes menschliches Handeln – Ausführung der Tat durch den Haupttäter – hinzukommen muß, ehe der Deliktserfolg eintreten kann⁵⁰. Der Geschehensablauf ist also mindestens ein zweistufiger: zuerst erbringt der Gehilfe seinen Tatbeitrag, dann führt der Täter sein Vorhaben aus. Erst dieses Zusammenwirken bedingt den Deliktserfolg. Oft aber wird das Handeln des Täters zeitlich ziemlich unbestimmt, in Ausnahmefällen sogar ganz unbestimmt sein; letzteres dann, wenn sich etwa noch gar kein Täter gefunden hat⁵¹.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß die Wahrscheinlichkeit, mit der von der Beihilfehandlung aus gerechnet der schädliche Erfolg zu erwarten ist, generell geringer sein muß als die Wahrscheinlichkeit, mit der der Erfolg sich aus dem unmittelbaren Ausführungsakt einzustellen pflegt⁵². Die Beihilfe steht also normalerweise an sich schon in einem «loseren Zusammenhang» mit dem Deliktserfolg der Haupttat.

Vielleicht läßt sich von dieser grundsätzlichen Feststellung aus eine zeitliche, örtliche oder andersartige Distanzgrenze ermitteln, außerhalb der nicht mehr von strafrechtlich erheblicher Hilfeleistung gesprochen werden kann, weil der Zusammenhang mit der Haupttat bzw. ihrem Erfolg zu locker ist.

2. Die Auswirkung des Zusammenhangs auf die Höhe der Helfenstrafe

Es wurde schon bei der Erörterung des Kausalproblems hervorgehoben, daß aus der Unzahl von qualitativ gleichwertigen Bedingungen die juristische Betrachtung nur diejenigen herausgreift, die als maßgebliche Voraussetzung eines Deliktes erscheinen. Das gilt

⁴⁹ Eine Ausnahme besteht für die nach der Tat erbrachte Beihilfe (siehe vorn S. 16). Hier steht der Förderungsakt dem Deliktserfolg zeitlich näher als die Ausführungshandlung des Täters.

⁵⁰ Zimmerl, Vom Sinn der Teilnahmevorschriften, in ZStW Band 52 S. 175 f.

⁵¹ Bl. f. Z. R. Band 36, No. 40.

⁵² Zimmerl, a. a. O. S. 176.

selbstverständlich auch für die Beihilfe. So wäre es z. B. widersinnig, die Erzeugung von Menschen, die später zu Verbrechern werden, als Beihilfe zu deren Delikten zu bezeichnen. Dagegen wehrt sich sofort der gesunde Menschenverstand, und es bedarf nicht einmal der Heranziehung der Adäquanztheorie, um festzustellen, daß die Erzeugung von Menschen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ungeeignet ist, als «Förderung» vielleicht Jahrzehnte später begangener Delikte angesehen zu werden. Nicht immer aber wird es so einfach sein, daß man die Entscheidung auf den ersten Blick fällen kann. – Einen gewissen Hinweis bietet uns das Gesetz in Art. 119 Ziff. 1 Abs. 2 StGB und die Auslegung, die diese Norm durch die Rechtsprechung erfahren hat. So hat das Bundesgericht die Frage des engen bzw. losen Zusammenhangs der Beihilfe mit der Haupttat einmal insoweit gestreift, als es hinsichtlich der Beihilfe zu Abtreibung feststellte, das Verbrecherische der Tat sei in der Regel demjenigen Gehilfen, der bei ihrer Ausführung mithilft, wesentlich eindringlicher bewußt als einem Gehilfen, der der Ausführung der Tat *zeitlich* oder *örtlich* fernsteht⁵³. Der letztere Gehilfe sei daher grundsätzlich weniger strafwürdig. – Damit hat das Bundesgericht einerseits festgestellt, daß die Distanz vom Delikt als ein objektiver Umstand Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Gehilfen zuläßt; es hat aber auch zugleich – ungeachtet der subjektiven Seite – das Vorliegen gewisser Distanzverhältnisse als Grundlage für eine geringere Strafwürdigkeit des Gehilfen verwertet. – Von hier aus ließe sich der theoretische Schluß ziehen, daß bei entsprechender Vergrößerung der Distanz die Strafwürdigkeit des Gehilfen ganz entfallen müßte. Diese für uns weitaus wichtigere Frage hat das Bundesgericht indessen nicht behandelt. – Die Frage der Distanz der Beihilfe zum Hauptdelikt wurde vom deutschen Reichsgericht einmal aufgenommen⁵⁴, als darüber zu entscheiden war, ob derjenige, der einem Dritten die zum Betrieb eines Bordells nötigen Geldmittel zur Verfügung stellt und kreditweise Weinlieferungen ausführt, sich der Beihilfe zur Kuppelei schuldig macht. Das Reichsgericht stellte hierzu fest, es solle keineswegs behauptet werden, daß jeder Lieferant eines Bordells schon durch

⁵³ BGE 71/IV/117 ff.; vgl. auch vorn S. 15 der Arbeit; ferner Bl. f. Z. R. Band 23, No. 51 und Zeller, Erläuterungen § 124 N. 7.

⁵⁴ RGE 39/44 ff.

die Warenlieferung schlechthin Beihilfe zur Kuppelei begehe. Hier-
 von könne schon deshalb keine Rede sein, weil etwa die Lieferun-
 gen eines Metzgers oder Bäckers zum täglichen Unterhalt des Bor-
 dellwirts und der Dirnen mit dem Unzuchtsbetrieb in keinerlei en-
 gem Zusammenhang ständen. Die kreditweise Weinlieferung habe
 indessen den Betrieb des Bordells oder doch den Weinausschank
 erst ermöglicht und dadurch den Unzuchtsbetrieb gefördert. Die
 Lieferung des Weinhändlers stehe somit *in engstem Zusammenhang*
 mit der kupplerischen Tätigkeit des Bordellinhabers. Diese Aus-
 führungen des Reichsgerichts, die ein objektives Strafbarkeitskrite-
 rium auf Grund von Distanzverhältnissen zu schaffen suchen, sind
 nicht überzeugend. Warum sollte zwischen der Lieferung von
 Fleisch und Brot und der Lieferung von Wein an ein Bordell ein
 wesentlicher Unterschied bestehen? Brot und Fleisch tragen grund-
 sätzlich in noch stärkerem Maße zur Erhaltung der Bordellbewoh-
 ner bei als der Wein. Dafür kommt letzterem höchstens als Stimu-
 lansmittel für die Gäste eine besondere Bedeutung zu. Indessen ist
 von der einen wie der anderen Tätigkeit zu sagen, daß sie den
 Kuppeleibetrieb gleichermaßen erleichtern oder «fördern». Dem-
 zufolge wären alle Lieferanten als «Gehilfen» zu bezeichnen; denn
 alle werden in gleichartiger Weise tätig: sie liefern Waren an Per-
 sonen, die ein Bordell betreiben bzw. am Betrieb beteiligt sind.
 Auch die Kreditgewährung an Kunden gehört zu normalen Ge-
 schäftsbeziehungen und sagt nichts über ein engeres oder looser
 Verhältnis zum Bordellbetrieb aus. Daß man davon Abstand neh-
 men würde, die genannten Warenlieferanten als Gehilfen zu be-
 zeichnen, hat seinen Grund darin, daß die gewerbliche Tätigkeit
 eines Bäckers, Metzgers oder Weinhändlers sozialadäquate Berufs-
 handlungen sind, die schon rein äußerlich – funktionell des delikti-
 schen Förderungscharakters ermangeln, und die deshalb als
 strafrechtlich unerheblich ausgeschaltet wurden⁵⁵. – Der «enge
 Zusammenhang» zwischen der Weinlieferung und dem Unzuchts-
 betrieb ist im genannten Urteil des Reichsgerichts ausschließlich in
 der inneren Einstellung des Weinhändlers zu finden. Dieser hatte
 nämlich seine an sich sozialadäquaten Handlungen (Lieferung von
 Wein) mit dem Willen erbracht, den Bordellbetrieb zu fördern. Für
 ihn gilt deshalb das Prinzip der sozialen Adäquanz nicht; aus die-

⁵⁵ Vgl. vorn S. 39 f.

sem Grunde ist auch das Urteil des Reichsgerichts (Bestrafung des Weinhändlers als Gehilfe zur Kuppelei) im Ergebnis zu billigen.

Zur Gewinnung eines objektiven Abgrenzungskriteriums aus dem Distanzverhältnis zwischen Beihilfe und Haupttat trägt der Reichsgerichtsentscheid nicht bei.

3. Distanzverhältnisse schaffen keine objektive Strafbarkeitsbedingung

Zusammenfassend können wir also folgendes feststellen: Die Frage des engen oder losen Zusammenhangs der Beihilfe mit der Haupttat, soweit das Gesetz sie berücksichtigt (vgl. Art. 118 und 119 Ziff. 1 Abs. 2 StGB), schafft keine genügende Basis zur Auffindung jenes Grenzpunktes, wo sich die förderliche Beihilfe von der nicht-mehr-förderlichen scheidet, weil letztere zu weit von der Haupttat entfernt ist. Die im Gesetz berücksichtigte Distanz der Beihilfe vom Delikt wirkte sich nur auf das «wieviel» der Strafe, nicht aber auch auf das «ob» der Strafbarkeit des Gehilfen aus. – Auch die Überprüfung andersartiger Distanzverhältnisse zwischen Beihilfe und Haupttat (Reichsgerichtsfall) taugte nicht, die objektive Haftungsvoraussetzung des Hilfeleistens (Art. 25 StGB) durch Aufstellung eines Distanzkriteriums zu präzisieren.

In bezug auf die zeitliche Distanz ist im übrigen auf den in der Rechtsprechung anerkannten Grundsatz hinzuweisen, daß eine wirksame Beihilfe auch dann schon möglich ist, wenn sich noch kein Täter gefunden hat, sofern die Tat nur später ausgeführt wird⁵⁶.

Der erforderliche Zusammenhang der Beihilfe mit der Haupttat läßt sich also nicht mit einer Wahrscheinlichkeitsprognose auf den Deliktserfolg hin «ausrechnen»; denn es kommt bei der Beihilfe nicht auf die Entfernung im Sinne einer zeitlichen oder örtlichen oder andersartigen Distanz zum Hauptdelikt an, sondern nur darauf, ob sie ihre Funktion erfüllt. Dies ist aber immer dann der Fall, wenn die Haupttat, der die Beihilfe zudient, begangen wird. In diesem Moment, in dem die Haupttat hinzutritt, ist die Beihilfe zum Tatbeitrag geworden. Sie hat ihre Funktion, ein Delikt zu unterstützen, erfüllt, mag der Beihilfeakt als solcher auch zeitlich weit

⁵⁶ Vgl. dazu das schon mehrfach zitierte Urteil in Bl. f. Z. R., Band 36, No. 40; ferner BGE 65/I/338: Beihilfe schon durch Förderung einer bloßen Vorbereitungshandlung.

zurückliegen. Der Zusammenhang zwischen Beihilfe und Haupttat ist also – wie wir sehen – nicht mit dem Maß der Distanz meßbar, sondern wird ausschließlich durch die *Akzessorietät* der Beihilfe hergestellt.

§ 6. Die Rolle der Gefährlichkeit im Gebiet der Beihilfe

I. Der Gefahrbegriff im Allgemeinen

Die Untersuchung, in der wir uns bemühen, den objektiven Beihilfetatbestand des Art. 25 StGB durch gewisse Umstände oder Verhältnisse zu präzisieren, ist noch nicht abgeschlossen. Die Beihilfehandlung ist nämlich noch einer besonderen Bewertung zu unterziehen. Dabei ist von folgendem auszugehen:

Wenn ein menschliches Verhalten einen Deliktserfolg herbeiführt, so fragt man bekanntlich – nach den verfeinerten Maßstäben der Adäquanztheorie – ob ein solches Verhalten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet war, den Deliktserfolg herbeizuführen. Nur wenn die Antwort positiv ausfällt, soll das betreffende menschliche Handeln weiterer Überprüfung unterzogen werden. Von dem kausalen Handeln eines Menschen wird also verlangt, daß es die Wahrscheinlichkeit in sich trage, einen Verbrechenserfolg nach sich zu ziehen, damit es strafrechtlich beachtet wird. Fehlt diese Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit, so wird normalerweise eben auch kein Deliktserfolg eintreten. – Ein Verhalten macht nur dann einen zukünftigen Deliktserfolg wahrscheinlich, wenn es die Gefahr dazu schon in sich trägt. Beim Anstellen einer solchen Wahrscheinlichkeitsrechnung prüfe man also, was für strafrechtliche Verletzungsmöglichkeiten die Handlung im Zeitpunkt ihrer Ausführung enthielt; denn Gefahr bedeutet nichts anderes als die Möglichkeit einer Verletzung⁵⁷. Den eingetretenen Deliktserfolg lasse man dabei mög-

⁵⁷ Gelegentlich wird im Gesetz ein besonders hoher Grad der Gefährdung verlangt. Es heißt dann, daß der Erfolg «voraussehbar» gewesen sein muß: Vgl. etwa Art. 119 Ziff. 3 Abs. 2. Hier muß das Verhalten des Abtreibers für das Leben der Schwangeren eine besondere, erhebliche und naheliegende Gefahr an den Tag gelegt haben. Siehe dazu BGE 69/IV/228. – Über das Verhältnis der Gefahr zur Verletzungsmöglichkeit vgl. auch Engisch, Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände S. 46 und Wecks, Grenzen S. 23.

lichst außer acht; es ist so leicht, bei Anstellung einer nachträglichen Betrachtung der Kluge zu sein⁵⁸.

Ein menschliches Verhalten kann aber in größerem oder kleinerem Maße die Wahrscheinlichkeit in sich tragen, den Verbrechenserfolg zu bewirken. So ist z. B. die Möglichkeit der tödlichen Verletzung größer, wenn der Täter mit geladener Pistole auf sein Opfer losgeht als wenn er es mit ein paar Faustschlägen töten will. Im letzteren Fall ist die Wahrscheinlichkeit der Todesfolge gering, wenn sie nicht überhaupt ganz fehlt⁵⁹. Nur das *gefährliche* Verhalten läßt deshalb den Eintritt des Deliktserfolgs wahrscheinlich erscheinen. Dabei ist unter Gefahr ein Zustand zu verstehen, der nach menschlicher Berechnung ein schädigendes Ereignis befürchten läßt^{60, 61}.

Ein ungefährliches Verhalten, das trotzdem einen Deliktserfolg nach sich zieht, scheidet aus der strafrechtlichen Betrachtung aus, da es sich hier nur noch um Zufall handelt.

Das bisher Gesagte bezieht sich indessen nur auf Handlungen, die ein Haupttäter ausführt. Nunmehr ist zu prüfen, inwieweit die Grundsätze des Gefahrprinzips für die Beihilfe gültig sind. Muß die Hilfeleistung im Sinne von Art. 25 StGB ebenfalls einen gewissen Gefährlichkeitsgrad aufweisen?

2. Die Unbrauchbarkeit der Gefährlichkeit als objektive Strafbarkeitsbedingung bei der Beihilfe

Zunächst ist wieder auf den grundsätzlichen Unterschied zwischen Täter- und Gehilfenschaft hinzuweisen. Der Gehilfe erbringt einen Unterstützungsbeitrag, er wirkt insofern mit an der Tat, den

⁵⁸ Schwander, Gefährliche Tat und Rechtswidrigkeit, in SZS Band 63 S. 281 ff., insbesondere 284.

⁵⁹ Vgl. dazu BGE 73/IV/165 ff. (der Fall Erismann), wo eine Mutter ihr dreijähriges Kind mit einer Teppichbürste auf das Gesäß schlug und heftig schüttelte. Vermutlich unter dem Einfluß des Schüttelns platzte im Gehirn des Kindes eine Geschwulst. Das Kind starb am darauffolgenden Tage. Die körperliche Züchtigung allein machte hier den Tod des Kindes nicht wahrscheinlich.

⁶⁰ Schwander, a. a. O. S. 283.

⁶¹ Führt ein gefährliches Verhalten nicht zum Erfolg, so heißt das nicht, daß die Hervorrufung der Gefahr vom Strafrecht unbeachtet bleibt. Im Gegenteil tritt hier gerade die strafrechtliche Bedeutung des gefährlichen Verhaltens zutage. Man denke nur an die sogenannten Gefährdungstatbestände (z. B. Art. 127, 129

Hauptanteil beim Zustandekommen des Verbrechens erbringt aber der Täter. Der Gehilfe ist nicht dafür verantwortlich, daß Y den Z betrogen hat, er ist nur verantwortlich dafür, daß er bei diesem Betrug mitgeholfen hat.

Das Zusammenwirken von Täter und Gehilfe, bei dem die Gehilfentätigkeit bekanntlich nur «zudienenden» Charakter aufweist, läßt sofort erkennen, daß auch eine Gefährlichkeitsprognose für die Beihilfe im Hinblick auf den Deliktserfolg nicht gestellt werden kann. Was nützt die Feststellung, daß die eine Beihilfehandlung mehr, eine andere weniger «gefährlich» sei, wenn diese Gefährlichkeit nicht in direkte Beziehung zum Deliktserfolg gesetzt werden kann; denn es liegt ja immer das Handeln des Täters dazwischen, ohne das das Delikt nicht zur Vollendung bzw. zum Erfolg kommen kann. Die *Akzessorietät* der Beihilfe macht eine gesonderte Bewertung unmöglich. – Nicht die Aufbewahrung eines Einbruchswerkzeugs ist gefährlich, sondern das Aufbewahren im Hinblick auf ein Verbrechen. Nicht das Wachestehen vor einem Hause trägt Gefahr in sich, sondern das Wachestehen, dessen Funktion darin besteht, einen im Hause vor sich gehenden Diebstahl zu decken, ist gefährlich. Die Erwägung, das Aufbewahren eines Stemmeisens (Einbruchsinstrument) sei an sich gefährlicher als das Herumstehen vor einem Hause, mag als außerstrafrechtliche Überlegung vielleicht richtig sein. Strafrechtlich gesehen ist das unerheblich, da beide Tätigkeiten für sich allein nicht geeignet sind, einen Deliktserfolg wahrscheinlich zu machen. Sie sind ungefährlich, solange sie nicht einem Delikt zudienen. Sobald dies aber zutrifft, werden beide Handlungen gefährlich. Nicht aus einer ihnen a priori innewohnenden Gefährlichkeit heraus, sondern nur durch die Akzessorietät, d. h. durch die Einschaltung dieser Betätigungen (als Unterstützungsbeitrag) in ein Verbrechen. – Wie bei der Frage des engen oder losen Zusammenhangs der Beihilfe mit der Haupttat, so ist auch hier die Akzessorietät ausschlaggebend: dort machte sie die

StGB). Siehe dazu auch Schwander, a. a. O. S. 290. – Man denke ferner an die Strafbarkeit des Versuchs (Art. 21–23 StGB). Hier wird der Täter zwar vorwiegend für sein Verschulden, daneben aber auch für die Schaffung eines Gefährdungszustandes bestraft. Selbst der als «objektiv ungefährlich» bekannte untaugliche Versuch (Art. 23 Abs. 1 StGB) enthält gelegentlich durchaus einen gewissen, beachtenswerten Gefährdungsgrad, der die Bestrafung des Täters auch aus diesem Grunde verständlich macht: Vgl. BGE 76/IV/156 f.

von der Haupttat entfernt liegende Beihilfe zu einem mit dem Delikt eng verknüpften Akt. Hier läßt sie ungefährliches Verhalten im Nu gefährlich werden. Geradezu bildlich läßt sich das erfassen; benutzen wir das oben gegebene Beispiel: Jemand geht eine Straße entlang und sieht dabei einen jungen, freundlich aussehenden Mann an einem Gartenzaun lehnen und ein Liedchen vor sich hinpfeifen. Ein harmloses Bild! – Später hört der Passant, daß der junge Mann im Dienste einer Einbrecherbande stand und zur besagten Stunde gerade Wache gestanden hatte. Sein Pfeifen sollte die Kumpane vor dem Passanten warnen. Wie gefährlich plötzlich das harmlose Bild wird, da das Verhalten des jungen Mannes seine Gehilfentätigkeit verrät! –

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß jede – auch die harmloseste – Tätigkeit die *Eignung* in sich trägt, durch Verbindung mit einem Delikt gefährlich zu werden. – Das Feld der denkbaren Beihilfehandlungen ist bekanntlich unerschöpflich weit.

Eine Unterscheidung zwischen einer größeren oder kleineren Wahrscheinlichkeit des kausalen Mitbedingens des Verbrechens-erfolgs auf Grund der Modalität der Betätigung ist schlechterdings unmöglich. Alle Modalitäten tragen die Möglichkeit in sich, durch Einschaltung in ein Delikt gefährlich zu werden, d. h. den Erfolg der Haupttat in kausaler Beziehung mit-wahrscheinlich zu machen.

Der für die Täterhandlung aufgestellte Grundsatz, daß «ein ungefährliches Verhalten, das einen Deliktserfolg nach sich zieht, aus der strafrechtlichen Betrachtung ausscheidet», hat für die Beihilfe keine Gültigkeit. – Im Gegenteil ist festzustellen, daß die strafrechtlich erhebliche Beihilfe a priori immer ungefährlich ist, trotzdem aber im Zusammenwirken mit der Haupttat einen Deliktserfolg mitwahrscheinlich machen kann. Der Begriff der Gefährlichkeit ist daher nicht geeignet, den objektiven Tatbestand des Art. 25 StGB (Hilfeleisten) zu präzisieren.

3. Kapitel

Die subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen

§ 7. Die Anforderungen an den Gehilfenvorsatz

Im vorausgehenden Kapitel haben wir versucht, die objektiven Haftungsvoraussetzungen der Beihilfe nach Maßgabe von Art. 25 StGB zusammenzustellen. Wir sind dabei zu dem Ergebnis gekommen, daß der objektive Tatbestand des Hilfeleistens immer dann erfüllt ist, wenn ein Beihilfeakt a) die Eignung in sich trägt, Unterstützungsbeitrag zu einem Delikt zu sein, und wenn er b) auch tatsächlich der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens zudient (Akzessorietät der Beihilfe). Dagegen war es nicht möglich, den objektiven Tatbestand von Art. 25 näher zu präzisieren. Es kann weder verlangt werden, daß die Beihilfe in einem bestimmten engen Zusammenhang mit der Haupttat steht, noch darf erwartet werden, daß die Unterstützungshandlung sich als gefährliches Verhalten erweist. Sowohl der enge Zusammenhang mit der Haupttat als die gefährliche Auswirkung der Beihilfe ergeben sich erst und ausschließlich durch die Einschaltung in die Begehung eines Hauptdelikts.

Die Tatsache, daß jemand eine Handlung ausgeführt hat, die ein Verbrechen unterstützt und gefördert hat, besagt noch nicht, daß die betreffende Person Gehilfe im Sinne des Gesetzes ist. Es müssen vor allem auch bestimmte innere Beziehungen zu diesem äußeren Verhalten vorhanden sein, ehe man einen Gehilfen strafrechtlich zur Verantwortung ziehen kann. Von dieser inneren Einstellung des Gehilfen zu dem äußeren Geschehensablauf soll im Nachstehenden die Rede sein.

1. Der Förderungswille gegenüber der Haupttat

Von der inneren Beziehung des Gehilfen zu einem Tatbeitrag und zum Hauptdelikt fordert der Gesetzgeber in Art. 25 ganz allgemein, daß der Gehilfe den Unterstützungsbeitrag zu einem Verbrechen oder Vergehen *vorsätzlich* erbringen muß. Unter Vorsatz ist dabei die Ausführung der Unterstützungshandlung mit Wissen und Willen zu verstehen (Art. 18 Abs. 2 StGB). Art. 25 bedroht

also nur denjenigen mit Strafe, der die Tat vorsätzlich ausgeführt hat. Diese Regelung ist nicht zufällig erfolgt. Wenn auch die Lehre teilweise¹ die fahrlässige Beförderung eines von einem anderen verübten Delikts für denkbar hält, so werden wir doch im Verlauf der weiteren Untersuchungen sehen, daß nur die vorsätzliche Beihilfe strafrechtlich bedeutsam sein kann. Wer unvorsätzlich ein Delikt unterstützt, mag dem Täter sein Werk erleichtern, er hilft ihm aber nicht im Sinne des Gesetzes².

Der Gehilfenvorsatz ist ein zusammengesetzter³: der Gehilfe muß zunächst seine eigene Unterstützungsleistung wollen. Dies ist ein Vorgang freier und selbständiger deliktischer Willensbildung. Sodann muß der Gehilfe aber auch die Vorstellung und den Willen haben, durch seinen Beitrag die Tat eines anderen zu fördern⁴. Damit unterordnet der Gehilfe die Wirksamkeit seines gewollten und erbrachten Deliktsbeitrages dem Willen des Täters, da es von diesem abhängt, ob die Haupttat durchgeführt wird, d. h. ob der Gehilfenbeitrag seine Förderungsfunktion überhaupt erfüllen kann.

Der Gehilfenvorsatz unterscheidet sich von dem strafrechtlich unerheblichen Wunsch dadurch, daß der Gehilfenwille die Vorstellung voraussetzt, daß sein Tatbeitrag an der Verwirklichung eines Straftatbestandes mitwirken und den Deliktsablauf befördernd beeinflussen soll. Der Gehilfenvorsatz muß also dieselben Tatbestandsmerkmale umfassen wie der Vorsatz des Täters⁵.

Besonders betont werden muß in diesem Zusammenhang, daß aber die Erfolgsvorstellung keineswegs Beweggrund zum Tätigwerden des Gehilfen zu sein braucht. Sie spielt überhaupt eine untergeordnete Rolle, kann aber im Einzelfall variieren. So kann etwa der Gehilfe Unterstützung leisten im Bewußtsein, daß die Haupttat notwendigerweise bestimmte Folgen zeitigt und mit diesen Folgen einverstanden sein. Oder er handelt in der Gesinnung, daß diese Deliktsfolgen ihm zwar unerwünscht seien, daß er sie aber in Kauf nähme, etwa weil er dem Täter einen Gefallen erweisen möchte. Endlich ist Beihilfe möglich, obwohl der Gehilfe sich keinerlei Gedanken über die Folgen der Haupttat macht; ja selbst die Erklärung

¹ Z. B. Hafer I S. 231; Logoz Art. 25, 3. b.

² v. Weber, Aufbau S. 25.

³ Hafer I S. 232; Logoz Art. 25, 3. b, Abs. 2.

⁴ Vgl. dazu das Beispiel bei Logoz, a. a. O.

⁵ Germann, Teilnahme S. 21.

des Gehilfen gegenüber dem Täter, er mißbillige im Grunde das Unternehmen und überlasse dem Täter die alleinige Verantwortung dafür, schließt den Förderungsvorsatz nicht aus⁶. In allen Fällen ist der Gehilfenvorsatz zu bejahen; denn es kommt nicht auf die innere Einstellung des Gehilfen zu den Deliktsfolgen der Haupttat an, sondern nur darauf, ob der Gehilfe das von einem anderen verübte Delikt *fördern* will.

2. Die Vorstellung des Gehilfen von der Haupttat

Wenn wir eingangs festgestellt haben, daß der Gehilfe das Bewußtsein haben muß, durch seinen Beitrag das Vorhaben des Täters auch tatsächlich zu unterstützen, so taucht sofort die Frage auf, inwieweit die Haupttat in der Vorstellung des Gehilfen überhaupt konkretisiert sein muß; man kann schließlich nur dann das Bewußtsein haben, etwas Förderliches getan zu haben, wenn man weiß, *was* gefördert wurde.

Da die Verübung der Haupttat von dem Willen des Täters abhängt, und somit zwischen der Vorstellung des Gehilfen und der Wirklichkeit der bewegliche und schwer berechenbare Faktor eines fremden Willens steht, kann hier noch weniger als beim Täter gefordert werden, daß der Gehilfenvorsatz alle die Haupttat begleitenden Tatumstände erfaßt⁷. Ein ganz unbestimmter, allgemein gehaltener Vorsatz dahingehend, daß das eigene Verhalten einem Dritten überhaupt Hilfe zur Deliktsbegehung leiste, kann natürlich nicht ausreichen; der Gehilfe muß immerhin einen bestimmten Vorgang im Auge haben, der mit seiner Unterstützung von einer anderen Person verwirklicht werden soll und den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt⁸. Dabei muß sich die Vorstellung des Gehilfen im *Wesentlichen* mit der konkreten Wirklichkeit der Haupttat decken. Mehr wird von der psychischen Beziehung des Gehilfen zur Haupttat nicht verlangt⁹. Den Täter braucht der Gehilfe nicht zu

⁶ Schönke, Kommentar zum dStGB § 49 Anm. 5.

⁷ Weeks, Grenzen S. 37.

⁸ Olshausen's Kommentar zum dStGB § 49 Anm. 5 S. 272. Über die Konsequenzen, die sich hieraus für die Beihilfe zur Beihilfe ergeben, siehe v. Bar, Gesetz und Schuld II S. 693 Anm. 177.

⁹ Schönke, Kommentar zum dStGB § 49 Anm. 5; Mezger, Lehrbuch, S. 436; Welzel, Grundzüge S. 69 Ziff. 4 in Verbindung mit S. 68 Ziff. 4; v. Weber, Grundriß S. 72; Maurach, Grundriß S. 140.

kennen; ebensowenig alle jene Tatumstände, die für den Deliktstatbestand nicht wesentlich sind, wie etwa der *modus operandi*, Zeit oder Ort der Deliktsverübung¹⁰. Auch die Kenntnis des gesetzlichen Tatbestandes, unter den das Delikt zu subsumieren ist, ist nicht erforderlich¹¹. Der Gehilfe haftet prinzipiell für die Tat nur in der Gestalt, die sich mit seiner Vorstellung und mit seinem Willen deckt¹². Dagegen haftet er nicht für den Exzeß des Täters und auch nicht für die Verwirklichung eines von ihm nicht vorgesehenen strafschärfenden Umstandes wie etwa die Begehung des Diebstahls mit Waffen¹³. Ist die Tat in ihrem tatsächlichen Hergang und damit auch in ihrem rechtlichen Wesen ganz anders beschaffen als der Gehilfe es sich vorgestellt hat, so hat er nach geltendem Recht keine Beihilfe geleistet, da die Akzessorietät fehlt¹⁴.

3. Die innere Beziehung des Gehilfen zum Erfolg der Haupttat

Wie wir eingangs (S. 51 f.) festgestellt haben, kommt es beim Helfen nicht darauf an, wie er sich zum Deliktserfolg der Haupttat stellt. Steht fest, daß der Gehilfe die Haupttat *fördern* wollte, so brauchen keine weiteren Nachforschungen über seine psychische Einstellung angestellt zu werden. — Trotzdem hat sich die Wissenschaft gelegentlich bemüht, die innere Beziehung des Gehilfen zum Erfolg der Haupttat zu erforschen und ihr einen Platz im Schuldsystem zuzuweisen. In jüngerer Zeit war es insbesondere Germann¹⁵, der sich mit dieser Frage beschäftigt hat. Er erblickt im Gehilfenvorsatz, soweit man ihn zu den Folgen der Haupttat in Beziehung setzt, einen sogenannten *Gefährdungsvorsatz*; diesen Vorsatztyp stellt er als zweite, schwächere Schuldform neben den Verletzungsvorsatz¹⁶. Da die untere Grenze des Verletzungsvorsatzes durch den

¹⁰ Germann, Verbrechen S. 200, I., Abs. 1.

¹¹ Germann, a. a. O.; Logoz Art. 25, 3. b (S. 105 oben).

¹² RGE 11/118 f.; RGE 65/315.

¹³ Exzeß liegt zum Beispiel vor, wenn ein Täter beim Diebstahl Gewalt an einer Person verübt: Germann, Verbrechen S. 200, I., Abs. 2; siehe auch Mezger, Lehrbuch S. 436; Schönke, Kommentar zum dStGB § 49 Anm. V in Verbindung mit VI, 1 vor § 47; Olshausen's Kommentar zum dStGB § 49 Anm. 5 S. 272; Weeks, Grenzen S. 38.

¹⁴ Germann, Verbrechen S. 200, I., Abs. 3.

¹⁵ Teilnahme S. 38 ff.

¹⁶ Teilnahme S. 38 unten.

dolus eventualis gebildet wird, ist der Gefährdungsvorsatz mit diesem am nächsten verwandt¹⁷, zumal er weiter als die bloße Fahrlässigkeit geht¹⁸. Systematisch wäre der Gefährdungsvorsatz zwischen die bewußte Fahrlässigkeit und den dolus eventualis einzuordnen. Inhaltlich wäre der Verletzungsvorsatz wie folgt zu erklären: Jemand handelt deliktisch, ohne den Erfolg zu wollen; er nimmt aber die *Möglichkeit* eines Deliktserfolgs in Kauf¹⁹. Diese – nach Germann – für den Gehilfen charakteristische Vorsatzform vergleicht der genannte Autor dann mit dem Vorsatz des Täters, der ein konkretes Gefährdungsdelikt begeht (siehe z. B. Art. 127, 129, 134, 135 StGB)²⁰. Läßt sich nun aber dieser Vergleich aufrecht erhalten? Die Frage ist interessant genug, um ihr eine kurze Untersuchung zu widmen.

Bei den Tatbeständen der konkreten Gefährdungsdelikte handelt der Täter jeweils in dem mehr oder weniger vorhandenen Bewußtsein, eine ernste Gefahr heraufzubeschwören. Sein (fast immer fortgesetztes) Verhalten als Ausdruck seiner rücksichtslosen inneren Einstellung erzeugt einen sich allmählich steigernden Gefahrzustand, der endlich den Grad erreicht, für den der Täter dann z. B. wegen Aussetzung (Art. 127 StGB) oder Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB) zur Verantwortung gezogen wird. Dieser «Endzustand» beruht aber allein auf seiner eigenen inneren Haltung, d. h. er tut nichts, um die immer drohender werdende Gefahr abzuwenden, er schlägt eventuell auftauchende Bedenken in den Wind usw. Vom Beginn der deliktischen Handlungen bzw. Unterlassungen bis zur Erfüllung des Straftatbestandes herrscht aber nur *sein* Wille, führt nur *sein Wollen*²¹ allmählich zum Deliktserfolg. Vom anfänglich betätigten Gefährdungsvorsatz bis zum Augenblick der eingetretenen äußersten Gefahr ziehen dolus und äußeres Verhalten wie zwei Schienen, die ein Geleise bilden, nebeneinander her. Anfang und Ende der Doppelspur stehen in geradem Zusammenhang.

Wie aber steht es mit dem «Gefährdungsdolus» des Gehilfen in bezug auf den Erfolg des von einem anderen begangenen Delikts?

¹⁷ Über die Vorschläge, den dolus eventualis zugunsten des Gefährdungsvorsatzes fallen zu lassen, siehe Hafter I S. 120.

¹⁸ Germann, Verbrechen S. 93.

¹⁹ Teilnahme S. 38.

²⁰ Teilnahme S. 39 f.; Verbrechen S. 93.

²¹ An dem Ausdruck «wollen» dürfen wir uns in diesem Zusammenhang nicht

Stellen wir uns das Verhalten des Gehilfen – bestehend aus Wille und Betätigung – wiederum in einem nebeneinander laufenden Geleise vor. Diese Gehilfenspur mündet an irgendeiner Stelle in die Betätigungsspur des Haupttäters ein. Vor der Einmündung ist sie ein Nebengeleise, das strafrechtlich nicht interessiert. Im Verschmelzen mit dem Hauptgeleise erst wird sie wichtig; denn dieses Zusammentreffen der Geleise ist die bildliche Darstellung der Akzessorietät der Beihilfe. Es ist die Stelle, an der wir erkennen: der Gehilfe läßt sein Wollen und Handeln der Haupttat zudienen. – In diesem Einmündungspunkt hören Vorsatz- und Betätigungsspur des Gehilfen aber zugleich auf, zumindest sind sie nicht mehr sichtbar. Die Spur des Haupttäters dagegen läuft weiter, ohne daß wir, am Ende (= eingetretener Deliktserfolg) angelangt, noch etwas von der Gehilfenspur auszusagen vermögen. Wollen wir den Gehilfendolus ermitteln, so müssen wir zur Einmündungsstelle zurückgehen und den Gehilfen für seinen Tatbeitrag bestrafen, wo seine Schuld Wirkungen entfaltet hat: nämlich an dieser Stelle. Das Rechtsgut, das – wieder bildlich gesprochen – am Ende der Haupttäterspur schließlich verletzt worden ist, erfährt während des Deliktsvorganges nur eine indirekte Gefährdung durch den Gehilfen. Es ist dies aber eine Gefährdung, die für sich allein gar nicht bewertet werden kann, da sie nicht in einem kontinuierlichen, sich steigernden Verhalten zum Ausdruck kommt (wie beim Täter der konkreten Gefährdungsdelikte), sondern nur einmal auflebt, und zwar an der besagten Einmündungsstelle.

Nach Germann müßte man den Gehilfendolus als einspurige gestrichelte Linie neben der Doppelspur des Täters bis zum eingetretenen Deliktserfolg einherlaufen lassen, um den Gefährdungsdolus des Gehilfen sinngemäß zu markieren. (Wir wählen die «gestrichelte Linie», um dadurch einerseits die schwächere schuldhaftige Willensrichtung des Gehilfen von der Willensrichtung des Täters abzuheben, andererseits aber zum Ausdruck zu bringen, daß der Gefährdungsdolus des Gehilfen sich doch immerhin auch auf den Deliktserfolg erstreckt.) Dieser verbildlichte Gedankengang würde aber sofort die Frage aufwerfen, inwiefern sich der Gehilfenvor-

stoßen. Auch das Verhalten, das den Erfolgseintritt nur für *möglich* hält und in Kauf nimmt, muß juristisch als gewollt behandelt werden: Vgl. Hafter 7 S. 120, N. 2.

satz dann noch deutlich von dem *dolus* eines Mittäters abheben würde. Hieße das nicht, die Stellung des Gehilfen in unerwünschter Weise derjenigen eines Mittäters annähern²²?

Sieht man von einer verbildlichten Darstellung ab und untersucht den Gefährdungsdolus nur mit gedanklichen Operationen, so gelangt man zum gleichen Ziel: Definiert man nämlich den Gehilfenvorsatz dahingehend, daß der Gehilfe in seinen eigenen Vorsatz auch den Vorsatz des Täters einschließt, indem der Gehilfe die Herbeiführung des Deliktserfolgs durch den Täter als eine «subjektive Bedingung» in sein eigenes Wollen einschließt²³, so erweitert man in gleicher Weise wie dies in der bildlichen Darstellung durch die «gestrichelte Linie» geschah den *Inhalt* des Gehilfenvorsatzes. Der Gehilfe wird nicht tätig unter der Voraussetzung, daß ein anderer das Delikt begehe, in dem Sinne, daß dadurch der von ihm (dem Gehilfen) gewollte Erfolg eintritt. Eine solche Betrachtungsweise würde die Schuld des Gehilfen wiederum zu sehr derjenigen eines Mittäters annähern.

Das Typische am Gehilfenvorsatz ist aber gerade, daß er dem Deliktserfolg als solchem kein persönliches Interesse entgegenbringt. Er nimmt die Tatsache als gegeben hin, daß ein anderer grundsätzlich zum Delikt entschlossen ist und es begehen wird, und er unterstützt dieses Vorhaben durch einen Beitrag, aber er bleibt immer Nebenmann, der für *andere Interessen* tätig wird. Diese Unselbständigkeit des Gehilfen gibt auch seiner Schuld das besondere, schwächere Gepräge und rechtfertigt seine normalerweise geringere Bestrafung²⁴.

Wir bemühten uns, durch die Besprechung der Theorie vom Gefährdungsdolus die Problematik dieser Lehre aufzuzeigen. Dabei lag uns am meisten daran darzutun, wie schwierig es ist, die innere Einstellung des Gehilfen zum Erfolg der Haupttat abzuklären. – Genau feststellbar ist eigentlich nur, daß das *Handeln* des Gehilfen als Kausalfaktor auf den Erfolg mit-einwirkt. Die «gestrichelte Linie», durch die wir im obigen Beispiel den auf den Deliktserfolg

²² Auch Hafter, I S. 223, N. 4 erwähnt, daß durch die Bezeichnung des Gehilfendolus als «Gefährdungsvorsatz» das Grenzziehungsproblem zwischen Mittäter und Gehilfe nicht gerade gefördert wird.

²³ Germann, Teilnahme S. 39, N. 1.

²⁴ Vgl. Stooß, Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil S. 31.

gerichteten «Gefährdungsvorsatz» des Gehilfen ausdrückten, dürfte deshalb eigentlich nur dazu verwendet werden, die Kausalwirkung der Betätigung des Gehilfen zeichnerisch besonders zu markieren. Dabei dürfen wir aber nicht vergessen, daß Kausalität und Wille zwei getrennte Gebiete sind²⁵. So ist es denn durchaus möglich und im Falle des Gehilfen auch zutreffend, daß der Gehilfenvorsatz sich in der Erleichterung bzw. *Förderung* der Haupttat erschöpft, während sein Handeln darüber hinaus realiter, d. h. kausal, weiter wirkt. – Man könnte vielleicht zur Rechtfertigung des Gefährdungsvorsatzes einwenden, zum Gehilfendolus gehöre «das Bewußtsein der Kausalität»²⁶. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Kausalität nicht Bestandteil einer inneren Einstellung, sondern realer Geschehensablauf ist. Die Ansicht, das Bewußtsein der Kausalität gehöre zur inneren Einstellung ist nur insofern richtig, als zum Gehilfenvorsatz – ganz allgemein – notwendigerweise das Bewußtsein gehört, einen die Haupttat fördernden Beitrag zu erbringen²⁷.

Damit können wir die rein akademische Frage des Gefährdungsvorsatzes abschließen. Nach geltendem Recht kommt es für die Strafbarkeit des Gehilfen nur darauf an, ob dieser seinen Förderungswillen betätigt, d. h. ob er vorsätzlich zu einem Verbrechen oder Vergehen Hilfe geleistet hat. Mehr verlangt auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht²⁸.

§ 8. Die Fälle des unvollkommenen Gehilfenvorsatzes

1. Billigung der Haupttat

Nachdem wir den Inhalt des Förderungsvorsatzes des Gehilfen gewonnen haben, ist es notwendig, alle jenen Fälle auszuschneiden, bei denen die innere Einstellung einer Person zu einem Delikt nicht die Intensität aufweist, die von einem Gehilfen nach Art. 25 StGB zu erwarten ist bzw. wo die Voraussetzungen des Vorsatzbegriffs (der Beihilfe) nicht erfüllt sind.

Es erscheint selbstverständlich, daß jemand, der lediglich mit dem Verhalten des Täters einverstanden ist, ohne selbst fördernd in die Tat einzugreifen, keinen Gehilfenvorsatz im Sinne des Ge-

²⁵ Siehe vorn S. 31 ff. der Arbeit.

²⁶ Germann, Verbrechen S. 200, I., Abs. 2, 1. Satz.

²⁷ Germann, a. a. O., 2. Satz.

²⁸ z. B. BGE 70/IV/19 und 75/IV/112.

setzes hat. Trotzdem kann die Abgrenzung zwischen Förderung und bloßer Billigung eines Verbrechens oder Vergehens gelegentlich Schwierigkeiten bereiten.

Das Bundesgericht hatte angelegentlich einer «Beihilfe zur Abtreibung» einmal Gelegenheit, zu diesem Grenzziehungsproblem Stellung zu nehmen³².

Folgender Sachverhalt: Die A erwartet ein Kind von einem früheren Geliebten. Sie ist entschlossen, die Leibesfrucht abzutreiben. Ihr Verlobter ist mit ihrem Vorhaben einverstanden, d. h. er billigt es. Er geht mit ihr zu einem Arzt (der die A kurz zuvor abgewiesen hatte) und bittet diesen (erneut), die Abtreibung auszuführen. Der Arzt bleibt bei seiner Weigerung. – Die A findet kurz danach Hilfe bei einem gewissen K. Der Verlobte (H) weiß auch hiervon. Sein Einverständnis geht u. a. aus Briefen hervor. Die Vorinstanz vertrat die Ansicht, auf Seiten des H läge psychische Gehilfenschaft vor. Sie sei dadurch geleistet, daß H seine Braut in der Ausführung der Tat moralisch unterstützt habe. Sein Gang zum Arzt zeige, daß er das Delikt billige und es persönlich zu fördern trachtete. In seinen Briefen läge eine wesentliche Bestärkung ihres Vorsatzes. Der Einfluß H's in dieser Sache sei entscheidend gewesen und habe die Tat gefördert.

Das Bundesgericht lehnte das Urteil der Vorinstanz mit der folgenden Begründung ab³³: «Wohl kann Gehilfenschaft auch in einer psychischen Förderung bestehen. Immer aber ist nötig, daß das Verhalten des Gehilfen zu der Tat beiträgt, z. B. indem es den Täter davon abhält, den gefaßten Entschluß wieder aufzugeben. Daß Heiniger (H) einen solchen Beitrag geleistet habe, lassen die festgestellten Tatsachen nicht schließen. Die Vorinstanz geht davon aus, daß Hulda Ammon (A) fest entschlossen gewesen sei, sich die Leibesfrucht abtreiben zu lassen, und zwar habe sie diesen Entschluß von sich aus gefaßt. Heiniger billigte ihn, war einverstanden, seine Braut trotz Schwangerschaft und Abtreibung zu heiraten. In diesem Sinne sind auch seine Briefe auszulegen . . . Heiniger ist daher freizusprechen.» – Das Bundesgericht würdigt den Sachverhalt nicht in überzeugender Weise. Der Beweis, daß nur Billigung vorliege, steht deshalb auf schwachen Füßen, weil der «Gehilfe» H zumindest im

³² BGE 70/IV/12 ff.; vgl. dazu auch Bl. f. Z. R. Band 45, No. 129 S. 230, dem der vorgenannte Bundesgerichtsentscheid zugrunde gelegt ist.

³³ BGE 70/IV/19; vgl. die Kritik zu diesem Entscheid bei Schwander No. 267.

Anfang seinen Förderungswillen kundgetan hat, indem er den Arzt mit aufsuchte und diesen zu der Abtreibung zu bewegen suchte. Darin liegt fraglos eine psychische Unterstützung der Schwangeren, die allein nicht mehr wagte, den Arzt (nochmals) zu bitten. In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, daß die A ohnehin grundsätzlich zur Tat entschlossen war. Wesentlich ist, daß H durch den Gang zum Arzt und seine Bemühungen, diesen zur Abtreibung zu bereden, seine Braut unterstützen und die Tat befördern wollte. Daß sein Bemühen mißlang, spricht nicht für seinen ungenügenden Förderungswillen, sondern lag in anderen, außerhalb seines Vorsatzes liegenden Umständen begründet (Weigerung des Arztes). Auch in bezug auf die nachträglich durch K ausgeführte Abtreibung ließe sich der Förderungswille des H bejahen, sei es, daß man auf die Möglichkeit der psychischen Fortwirkung seines früheren Verhaltens abstellt, sei es, daß man in dem Brief an die A am Tage vor der Abtreibung eine erneute psychische Bestärkung erblicken wollte. – Wenn trotzdem das Urteil des Bundesgerichts im Ergebnis (Freispruch des H) zu billigen ist, so geschieht es aus folgenden Gründen:

a) Das fördernde Eingreifen des H ist erfolglos geblieben. Die Abtreibung, die er fördern wollte, ist nicht zustandegekommen, da nicht der Arzt, sondern eine andere Person das Delikt ausführte. Das Verhalten des H ist daher als versuchte bzw. erfolglose Beihilfe wegen fehlender Akzessorietät nicht zurechenbar, d. h. nicht strafbar.

b) Die Fortwirkung der psychischen Unterstützung des H auf Seiten der A hinsichtlich der später erfolgten Abtreibung ist zwar denkbar, läßt sich aber im vorliegenden Falle nicht genügend beweisen. Eine Bestrafung des H ist daher aus strafprozessualen Gründen nicht gerechtfertigt.

c) Der Brief, den H der A vor der Abtreibung schrieb, kann ihm schon deshalb nicht als Förderungshandlung angerechnet werden, weil H – dem Inhalt des Briefes nach zu schließen³⁴ – mit dessen Empfang erst *nach* Ausführung der Abtreibung rechnete, sein Wille in diesem Zeitpunkt also nicht mehr auf Förderung der Tat gerichtet sein konnte. In der Würdigung dieses und auch der anderen Briefe ist daher dem Bundesgericht zuzustimmen: insofern liegt auf Seiten des H bloße Billigung vor.

³⁴ Vgl. den Brief vom 7. September 1942 auf Seite 14 des Entscheids.

Um einen Präzedenzfall «bloßer Billigung» handelt es sich bei einer Gesamtbewertung des Falles nicht. Eine solche hätte etwa dann vorgelegen, wenn H sich während des gesamten Deliktsverlaufs wirklich passiv verhalten hätte; wenn er etwa seine Braut zum Arzt begleitet und nur im Wartezimmer auf das Ergebnis ihrer Besprechung gewartet hätte, anstatt selbst den Arzt zu drängen. Durch dieses aktive Eingreifen hat H deutlich eine Willensintensität entfaltet, die über den Grad einer Billigung hinausgeht. Auch sein weiteres Verhalten bewies nicht, daß er sich von dieser anfänglichen Haltung wesentlich distanzierte. Nicht seine Willensrichtung, sondern ausschließlich das Ausbleiben des zuerst erhofften Erfolges (Überredung des Arztes zur Tat) ist der Grund dafür, daß H nicht als Gehilfe bestraft werden kann.

Immerhin gibt der Entscheid des Bundesgerichts insofern gewisse Anregungen, als er die Grenzziehung zwischen Förderung und Billigung zur Diskussion stellt.

Als wesentlich ist folgendes festzuhalten: Billigung ist diejenige innere und äußere Passivität eines menschlichen Verhaltens, die weder über eine Zustimmung zur Tat hinausgeht, noch sich in einem äußeren Unterstützungsbeitrag manifestiert. Vor allem ist stets zwischen versuchter Beihilfe und bloßer Billigung zu unterscheiden, da sich bei der ersteren ein an sich vorhandener Förderungswille lediglich wegen äußerer Hindernisse nicht genügend zu manifestieren vermag, während bei der Billigung die psychische Einstellung grundsätzlich zu schwach ist, um als Förderungsvorsatz im Sinne von Art. 25 StGB angesprochen zu werden³⁵.

2. Das sozialadäquate Verhalten als Indiz für fehlenden Förderungsvorsatz

Bei der Zusammenstellung der objektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen waren wir auf die Frage gestoßen, ob die sogenannte sozialadäquate Handlung einer Person den objektiven Hilfeleistungscharakter einer Betätigung nach Maßgabe von Art. 25 StGB erfüllt³⁶. Wir verneinten diese Frage, wiesen aber am Ende der Betrachtungen darauf hin, daß nur derjenige Gehilfe, dessen Wille ausschließlich auf die Erfüllung seiner gewohnten Berufspflichten gerichtet ist, sich auf sozialadäquates Verhalten berufen kann. – Im

³⁵ Vgl. dazu auch Bl. f. Z. R. Band 47 No. 10.

³⁶ S. vorn S. 39 f. der Arbeit.

Zusammenhang mit den Problemen des unzureichenden oder fehlenden Förderungswillens ist kurz auf die Bedeutung der sozialen Adäquanz zurückzukommen.

Die sozialadäquaten Handlungen sind Ausdruck jener inneren Einstellung einer Person zu einem Delikt, die sich darin erschöpft, um ein Delikt zu wissen. Insofern gleich die psychische – dem Delikt gegenüber passive – Haltung des sozialadäquat handelnden Gehilfen der sogenannten Billigung. Ein Unterschied besteht aber insofern als der sozialadäquat handelnde Gehilfe der Haupttat zu- meist gleichgültig oder mißbilligend gegenüberstehen wird.

Gelegentlich mag ein solches Wissen um die Haupttat beim Gehilfen ebenso wie beim Täter genügen, um den Vorsatz zu bejahen³⁷. Ein Beispiel: Ein Mann leiht seinem Freund ein Instrument für einen harmlosen Zweck. Bei der Übergabe wird ihm klar, daß dieser das Instrument für ein deliktisches Vorhaben verwenden wird. Er übergibt ihm das Werkzeug trotzdem. – Hier liegt Gehilfenschaft vor, da der besagte Mann es in Kauf nimmt (*dolus eventualis*), daß er durch Übergabe des Instruments ein Delikt fördert. – Die Handlung hingegen, die jemand im Bewußtsein ausführt, dadurch einem Delikt Vorschub zu leisten, ist dann keine Förderungshandlung im Sinne des Gesetzes, wenn der Wille, der diese Handlung in Gang setzt, auf ein rechtschaffenes Ziel i. S. einer normalen Berufstätigkeit gerichtet ist. Erleichtert also eine Person ein Delikt zwangsläufig dadurch, daß sie ihre beruflichen Pflichten erfüllt, so liegt trotzdem keine Förderungsleistung i. S. von Art. 25 StGB vor, weil ihr Wille keine schuldhaftige Richtung einschlägt.

Denken wir z. B. an den Fahrer eines Omnibusses, der weiß, daß sich unter seinen Fahrgästen ein Betrüger befindet. Der Fahrer will diesen Betrüger ebenso wie alle anderen Fahrgäste zum Bestimmungsort führen; will er aber damit den Betrug fördern? Das muß verneint werden. Das Bewußtsein, durch seinen Fahrdienst die Verübung eines Delikts zu fördern, ist deshalb unerheblich, weil der Wille des Fahrers *mit dieser Folge* seines Verhaltens nichts zu schaffen hat. Erst der Wille also ist der Garant echt sozialadäquaten Verhaltens, d. h. eines Verhaltens, das nicht über den Rahmen des normalen Gemeinschaftslebens hinausgeht. – Führt der Omnibuschauffeur dagegen seine Dienstfahrt mit der Absicht aus, da-

³⁷ Vgl. Hafter I S. 122.

durch gleichzeitig dem Betrüger zu helfen, dann überschreitet er die Grenzen der sozialen Adäquanz und macht sich eines unrechtmäßigen Verhaltens schuldig³⁸.

An die Willensintensität des Gehilfen, soll sie dem Förderungsvorsatz des Art. 25 StGB entsprechen, ist bei der Beihilfe durch sozialadäquates Verhalten vernünftigerweise eine besondere Anforderung zu stellen: Der Vorsatz muß in seiner stärksten Form, der *Absicht*, gegeben sein. Die Vorstellung, daß sein Handeln ein Delikt fördert, muß für den Gehilfen *das* Motiv seines Verhaltens gewesen sein, demgegenüber der sozialadäquate Zweck (Berufspflichterfüllung) verblaßt³⁹. Die Förderung der fremden Tat muß also bezweckt, begehrt, erstrebt, d. h. unzweifelhaft gewollt sein⁴⁰. Aber auch bei der Absicht ist es wieder belanglos, mit welchem Wahrscheinlichkeitsgrad der Gehilfe den Verbrechenserfolg erwartet⁴¹. Die Ansicht, der verkehrsmäßig handelnde Gehilfe müsse mit der stärksten Vorsatzform handeln, wird im übrigen auch von Köhler⁴² und Wecks⁴³ geteilt.

³⁸ Es fragt sich allerdings, ob ein solches tatbestandsmäßiges Verhalten i. S. der Beihilfe (Art. 25 StGB) auch rechtswidrig wäre, oder ob durch das Prinzip des überwiegenden Interesses das Unrecht ausgeschlossen sein könnte; denn die soziale Gemeinschaft hat vielleicht ein höheres Interesse daran, den öffentlichen Verkehr aufrechtzuerhalten, als die Förderung eines Deliktes zu verhindern. Vgl. dazu Mezger, Lehrbuch S. 205, Wecks, Grenzen S. 53.

³⁹ In diesem Sinne sind auch die Ausführungen des deutschen Reichsgerichts (Band 37 S. 323) zu verstehen (siehe vorn S. 39 der Arbeit, 2. Beispiel), wo es heißt, man müsse in solchen Fällen bei der Prüfung der Frage nach der Vorsätzlichkeit den Unterschied zwischen «Bewußtsein» und «Willen» in Anpassung an die konkrete Sachlage mit besonderer Schärfe auffassen. – Das kann nur bedeuten, daß unter den gegebenen Umständen eben die stärkste Vorsatzform vorliegen muß. Eine schwächere Willensintensität des Gehilfen nähert sich eher dem «bloßen Wissen», eine ausgeprägte Willensrichtung hingegen schafft erst jene scharfe Trennung der Gebiete von Wissen und Wollen, die das Reichsgericht in diesem Zusammenhang postuliert.

⁴⁰ Hafter I S. 118 f.

⁴¹ Germann, Verbrechen S. 28.

⁴² Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil S. 530. – Wenn Köhler hingegen (S. 528) die Beihilfe generell als die absichtliche Unterstützung eines anderen definiert und für die Verantwortlichkeit des Gehilfen fordert, daß dieser die Unterstützung des Täters entweder als unvermeidbar vorausgesehen oder angestrebt habe, so geht diese Verallgemeinerung zu weit.

⁴³ Grenzen S. 39 f.

3. Fahrlässige Beihilfe

a) Die fahrlässige Erleichterung eines vorsätzlich begangenen Delikts

Art. 25 StGB bedroht nur die vorsätzliche Hilfeleistung zu einem Verbrechen oder Vergehen mit Strafe. Da die fahrlässige Beihilfe nicht geregelt ist, so bedeutet dies, daß fahrlässiges Fördern einer Straftat von der geltenden Strafrechtsordnung nicht beachtet wird. Das geht auch aus Art. 18 Abs. 1 StGB hervor, wo es heißt, daß in den Fällen, in denen das Gesetz es nicht ausdrücklich anders bestimmt, nur strafbar ist, wer ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich verübt. Gilt diese Regel für den Täter, der in der Regel strafwürdiger ist, so muß sie um so eher auch für den Gehilfen gelten. Fahrlässige Beihilfe ist also nicht strafbar.

Umstritten ist hingegen, ob fahrlässige Beihilfe trotzdem begrifflich möglich ist oder nicht. Einige Autoren bejahen dies⁴⁴. Sie vertreten damit den Standpunkt, daß die fahrlässige Förderung eines von einem anderen begangenen Delikts als strafrechtlicher Begriff im Rahmen der Vorsatzlehre denkbar sei, auch wenn er im geltenden Recht keine Berücksichtigung findet. Thormann-Overbeck⁴⁵ begnügt sich mit der Feststellung, daß fahrlässige Beihilfe nicht beachtet wird, läßt aber die Frage offen, ob fahrlässige Förderung begrifflich möglich ist. —

Wird fahrlässige Beihilfe geleistet, so handelt es sich um den Fall der unbewußten Erleichterung eines Delikts. Wir haben uns also einen Tatbestand vorzustellen, wo ein Gehilfe die Möglichkeit nicht erkannt hat, daß sein Verhalten einem Delikt zudient, obwohl er dies mehr oder weniger leicht hätte erkennen müssen. Hier ist die Grenze fahrlässigen Verhaltens zu ziehen. Sobald nämlich ein Gehilfe erkennt, daß sein Verhalten ein Delikt fördert, und er das in Kauf nimmt, muß er sich *dolus eventualis* anrechnen lassen, und seine Bestrafung wegen vorsätzlicher Beihilfe ist gerechtfertigt^{46, 47}.

⁴⁴ Hafter I S. 231; Logoz, Art. 25, 3. b.; Engi-Canova, Die Teilnahme am Verbrechen, in SJZ Band 45 S. 99; Frank, Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord S. 54, N. 2; Merkel, Anstiftung und Beihilfe, in Frankfestgabe II S. 146; Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, in Frankfestgabe I S. 597.

⁴⁵ Art. 25 N. 6.

⁴⁶ Thormann-Overbeck, Art. 25 N. 6; Logoz, Art. 25, 3. b (S. 105 oben).

⁴⁷ Eine Ausnahme hiervon machen die sozialadäquaten Beihilfehandlungen, bei

Beispiel: Ein Bauer läßt in Zueignungsabsicht fremdes Geflügel von einer auf seinem Hof gelegentlich aushelfenden Frau in seinen Stall treiben. Die Frau erkennt die Sachlage. Sie muß sich Gehilfenschaft anrechnen lassen. – Nur wenn der Gehilfe *nicht erkennt*, was für Folgen sein Verhalten zeitigt (Förderung des Delikts) dürfen wir also von fahrlässiger Beihilfe sprechen.

Was die unbewußte Fahrlässigkeit und ihre Behandlung im Strafrecht anbelangt, so hält es schon beim Täter schwer, juristisch einen Schuldvorwurf zu begründen⁴⁸. Immerhin kann man ihm vorwerfen, er habe seinen Charakter insofern nicht gut ausgebildet, als er die eventuellen Folgen seines Handelns (Deliktserfolg) nicht genügend erwogen habe. Eine positive psychische Beziehung zwischen Täter und Deliktserfolg fehlt aber offensichtlich⁴⁹. Um wieviel schwerer erscheint es erst, dem Gehilfen ein unbewußtes Mitwirken als Verschuldensform anzurechnen, stellt doch seine vorsätzliche Mitwirkung schon einen nur sekundären Tatbeitrag dar! Als entscheidend ist in diesem Zusammenhang aber hervorzuheben, daß man bei der Bestrafung des fahrlässig handelnden Täters eine Schuld nur deshalb konstruiert, um nicht zugeben zu müssen, daß das Rechtsleben in gewissen Fällen auf eine reine Erfolgshaftung eben nicht verzichten kann; denn «Schuld» ist hier nichts anderes als Haftung für einen durch pflichtwidrig gleichgültiges oder unvorsichtiges Verhalten herbeigeführten Deliktserfolg⁵⁰. Das Bedürfnis nach reiner Erfolgshaftung existiert aber bei der fahrlässig erbrachten Beihilfe zu einem vorsätzlich verübten Delikt nicht. Zum ersten, weil das Handeln des Gehilfen ohnehin *nie* einen Deliktserfolg herbeiführen kann, sondern es immer der Mitwirkung des Täters bedarf; zum anderen, weil bei der fahrlässigen Beihilfe zum vorsätzlich verübten Delikt der Täter den Deliktserfolg mit Wissen und Willen herbeigeführt hat, der Richter also nicht auf den Erfolg abzustellen braucht, sondern den Täter vorab für sein Verschulden strafen kann. Wozu dann noch eine Bestrafung für unbewußtes Mitwirken⁵¹!

denen eine stärkere Vorsatzform verlangt werden dürfte, siehe vorn S. 62 der Arbeit.

⁴⁸ Hafter I S. 126, Literaturangaben zum Fahrlässigkeitsproblem S. 127 N. 1.

⁴⁹ Germann, Verbrechen S. 89.

⁵⁰ Vgl. dazu Hafter I S. 127.

⁵¹ Für eine solche Bestrafung ist Engi-Canova, Die Teilnahme am Verbrechen, in SJZ Band 45 S. 99. Er schlägt vor, den Gehilfen nach den Regeln über die

Fahrlässige Beihilfe ist deshalb als strafrechtlicher Begriff fragwürdig, weil das Verhalten des Gehilfen für sich allein keinen Gefährdungs- oder Verletzungszustand hervorruft. Aus diesem Grunde interessiert es strafrechtlich auch nicht, ob dieses Verhalten unvorsichtig oder leichtfertig war. In der Tat *kann* ein solches Verhalten zwar unvorsichtig oder leichtfertig gewesen sein, aber das Strafrecht ist keine Gouvernante und der Bürger kein Kind, das für alles einen «Klaps» verdient.

Selbst wenn die Rechtsentwicklung dem ausgezeichneten Vorschlag von Germann⁵² folgte, und – unter Außerachtlassen der einzelnen Teilnahmeformen – die im fahrlässigen Verhalten liegende pflichtwidrige Unvorsichtigkeit und Gleichgültigkeit als *delictum sui generis* ausgestaltet würde, wäre die Bestrafung einer Person für pflichtwidrig-unvorsichtige Unterstützung einer fremden Tat (i. S. einer «selbständigen Mitwirkung») wohl nur in besonderen Fällen gerechtfertigt^{52a}. Um sich keiner diesbezüglichen pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit schuldig zu machen, müßte der Mensch dauernd auf der Hut sein. Wie wir sahen, ist das Feld der denkbaren Beihilfeakte unbegrenzt, da auch die harmloseste Tätigkeit die Eignung in sich trägt, Beihilfe im (objektiven) Sinne des Gesetzes zu werden. So wäre etwa der harmlose Ausspruch: «Herr X ist so kurzsichtig, daß man in seiner Gegenwart ein Bild von der Wand nehmen könnte», geeignet, einen Zuhörer in seinem bisher vagen Diebstahlsvorsatz entscheidend zu bestärken (psychische Beihilfe. Ja selbst, wenn bekannt ist, daß der betreffende Zuhörer wegen Diebstahl vorbestraft ist, ist es unmöglich, seine eventuellen Willensbildungen zu berechnen und das eigene Verhalten danach auszurichten. Eine derart weitgehende Pflicht zur Vorsicht kann niemanden auferlegt werden⁵³. Nicht einmal eine Person, die durch

fahrlässige Deliktsverübung zu bestrafen. Dies geht aber schon wegen der ausdrücklichen Regelung von Art. 25 in Verb. mit Art. 18 Abs. 1 StGB nicht: Siehe S. 63 der Arbeit.

⁵² Verbrechen S. 91.

^{52a} So z. B. bei folgendem Sachverhalt: A hat einen Freund B, der ihm als rücksichtsloser Fahrer bekannt ist. B bittet A, ihm seinen Wagen zu leihen. A gibt ihm den Wagen; B fährt bei dieser Gelegenheit einen Menschen zu Tode.

⁵³ Aus diesem Grunde kann auch Frank, Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord (1913) S. 54 N. 2 nicht zugestimmt werden. – Frank hält fahrlässige Beihilfe zum Selbstmord dadurch für möglich, daß Mittel zur Ausführung der Tat zugänglich gelassen werden, obschon vorausszusehen gewesen wäre, daß ein Dritter da

irgendwelche Umstände in ein Verbrechermilieu geraten ist, und der man vielleicht wegen der «allgemein gefährlichen Situation» eine erhöhte Vorsicht zumuten dürfte, kann gehalten sein, ihr Tun und Lassen dauernd zu kontrollieren, damit sie sich nur ja keiner Beihilfe schuldig macht.

Aus diesem Grunde muß das unbewußte Mitwirken im Sinne fahrlässiger Beihilfe zu einem Verbrechen oder Vergehen – will man nicht das Gebot pflichtgemäßer Vorsicht ungerechtfertigt ausdehnen – als *Zufall* bewertet werden. Das verlangt die Billigkeit. Zufall unterliegt aber nicht einer strafrechtlichen Bewertung⁵⁴. – Zu dieser Ansicht kann man nur gelangen, wenn man sich immer wieder klar macht, daß schon bei der vorsätzlich erbrachten Beihilfe die psychische Beziehung des Gehilfen zur Haupttat nur in deren Förderung und nicht in der (Mit-)Herbeiführung des Deliktserfolgs erblickt wird. Die Fiktion einer inneren Beziehung zwischen einem ohnehin nicht vorhandenen Förderungswillen (bei fahrlässiger Beihilfe) und dem Erfolg der Haupttat ist daher eine wenig überzeugende Konstruktion.

Eine Beziehung zwischen der fahrlässigen Beihilfe und dem Deliktserfolg ist nur in tatsächlicher Hinsicht gegeben; denn nur in kausaler Richtung ist ein Zusammenhang feststellbar. Dies wird denn auch von einigen Autoren zum Anlaß genommen, die Strafbarkeit der fahrlässigen Beihilfe zu bejahen⁵⁵. Daß aber die Kau-

ist, der selbstmörderische Absichten hegt, und daß dieser sich an jenen Hilfsmittel vergreifen könnte. – Dem ist entgegenzuhalten, daß die Ernsthaftigkeit selbstmörderischer Absichten nach den allgemeinen Lebenserfahrungen sehr schwer zu schätzen ist. Es gibt Menschen, die jahrelang mit Selbstmord drohen, ohne ihn je zu begehen und solche, die sich trotz festen Entschlusses zum Selbstmord gegenüber ihrer Umgebung nichts anmerken lassen. Es ist deshalb kaum möglich, den Unglücksfall (Tod) vorauszusehen. Selbst wenn man ahnt, ein Dritter könnte sich das Leben nehmen, kann man übrigens niemand die Pflicht auferlegen, jedes Rasiermesser aus dem Hause zu entfernen, alle giftigen Haushaltschemikalien zu beseitigen etc. – Nach geltendem Recht ist die Erörterung fahrlässiger Beihilfe zum Selbstmord ohnehin gegenstandslos: Vgl. Art. 115 StGB.

⁵⁴ Hafter I S. 127.

⁵⁵ So z. B. Exner, Fahrlässiges Zusammenwirken, in Frankfestgabe Band I, der die fahrlässige Beihilfe zum vorsätzlich begangenen Delikt als mittelbare Eigentäterschaft bestrafen will (S. 597) und die fahrlässige Beihilfe zum fahrlässig begangenen Delikt als fahrlässige mittelbare Täterschaft anerkennt (S. 571, Fall 3 und S. 272 ff.). Diese Auffassung läßt jedes Kausalverhältnis zur Annahme mittelbarer Täterschaft genügen, wozu sich Exner denn auch offen bekennt. —

salität der Beihilfe für den Deliktserfolg keineswegs ausreicht, auch die Strafbarkeit des Gehilfen zu statuieren, darauf wurde schon früher hingewiesen⁵⁶. Ein Bedürfnis nach Kausalhaftung – wie sie sich beim Täter gelegentlich ergibt – besteht beim fahrlässig handelnden Gehilfen sicher dann nicht, wenn der Täter vorsätzlich handelt.

Abschließend ist folgendes zu sagen: Die vorstehenden Erörterungen sind getragen von der Überzeugung, daß die fahrlässige Beihilfe als strafrechtlicher Begriff nicht brauchbar ist⁵⁷. Diese Ansicht identifiziert sich im Ergebnis mit dem gesetzgeberischen Standpunkt, von dem aus die fahrlässige Beihilfe weder einen erwünschten Begriff noch ein strafwürdiges Verhalten verkörpert. – Es soll aber nicht unerwähnt bleiben, daß sich die fahrlässige Beihilfe als theoretischer Begriff i. S. einer rein akademischen Frage durchaus diskutieren läßt.

b) Die vorsätzliche Förderung eines Fahrlässigkeitsdelikts

Art. 25 StGB gibt uns keinen Aufschluß darüber, ob vorsätzliche Beihilfe zu einem fahrlässig begangenen Delikt möglich ist, bzw. ob ein Gehilfe für ein solches Verhalten bestraft werden soll. Der Wortlaut: «Wer zu einem Verbrechen oder zu einem Vergehen . . . Hülfe leistet . . .» schränkt die Haupttat jedenfalls nicht auf vorsätzlich begangene Straftaten ein; die Möglichkeit der vorsätzlichen Förderung eines fahrlässig verübten Delikts könnte also gegeben sein⁵⁸.

In der Lehre ist die Frage, ob Beihilfe zu Fahrlässigkeitsdelikten angenommen werden darf, umstritten. Die begriffliche Möglichkeit wird gelegentlich bejaht⁵⁹, eine Zwischenmeinung hält dafür, sie in

Auch Germann, Teilnahme S. 68, will die fahrlässige Beihilfe zum vorsätzlich begangenen Delikt – unter Ablehnung des Akzessorietätsprinzips – als mittelbare fahrlässige Täterschaft bestrafen.

⁵⁶ Siehe vorn S. 31 f. der Arbeit.

⁵⁷ Ebenso, allerdings mit Begründung aus der in der Schweiz abgelehnten finalen Handlungstheorie (vgl. Pfenninger, Die moderne deutsche Strafrechtswissenschaft, in SJZ Band 45 S. 356 f.) v. Weber, Aufbau S. 25 und S. 30 oben; Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre S. 17; Welzel, Studien S. 500 und Welzel, Grundzüge S. 69, III.; Wecks, Grenzen S. 62.

⁵⁸ Vgl. Logoz, Art. 25, 3. c, letzter Absatz, Satz 1 und 2.

⁵⁹ Hafter I S. 232; Thormann-Overbeck, Art. 25 N. 2: «... möglich aber unbeachtlich . . .»; Schönke, Komm. zum dStGB Vorb. V 2 zu § 47.

gewissen Fällen anzuerkennen⁶⁰, während andere Autoren an dem Standpunkt festhalten, Beihilfe im strafrechtlichen Sinne sei nicht möglich, wenn der Verbrechenscharakter der Haupttat ausgeschlossen ist⁶¹.

Art. 25 StGB spricht nicht davon, daß der Gehilfe dem *Täter* zudient, sondern bezieht die Hilfeleistung *expressis verbis* auf die *Tat* (Verbrechen oder Vergehen). Fragt das Gesetz nicht nach dem Täter, so ergibt sich daraus zunächst, daß es auch nicht darauf ankommen kann, ob der Täter das Delikt schuldhaft begangen hat. Die Frage der Schuldfähigkeit oder Schuldunfähigkeit ist ein persönliches Verhältnis i. S. von Art. 26 StGB, das keine Wirkungen in bezug auf das Verhalten anderer am Delikt beteiligter Personen entfaltet. Hingegen schließt eine auf Seiten des Täters gegebenenfalls fehlende Schuld keineswegs auch den Vorsatz aus: Auch der schuldunfähige Geistesranke z. B. handelt vorsätzlich; auch er kann bei der Ausführung eines Delikts durch einen Gehilfen unterstützt werden⁶². Auf das Verhältnis von Schuld und Vorsatz wird denn auch bei der Frage der Beihilfe zum Fahrlässigkeitsdelikt in der Literatur immer wieder hingewiesen. Es wird betont, daß die Haupttat nicht schuldhaft begangen zu sein braucht. Sie muß aber einen mit Strafe bedrohten Deliktstatbestand erfüllen, und sie muß vorsätzlich ausgeführt worden sein⁶³.

Diese Auffassung wird auch dem Wesen der Beihilfe am besten gerecht. Der Gehilfe rechnet doch bei Erbringung seines Tatbeitrages damit, daß der Täter das Delikt geplant bzw. beschlossen hat und es dementsprechend ausführen wird. Der Gehilfe zählt also für die Verwirklichung des Deliktstatbestandes auf die *vorsätzliche* Tat eines anderen⁶⁴. Bejaht man dies als einen wesentlichen Zug

⁶⁰ So z. B. Beling, Grundzüge S. 61: «Die Strafflosstellung des Gehilfen für Teilnahme an fahrlässiger Haupttat wäre in gewissen Fällen befremdlich.»

⁶¹ s. Liszt-Schmidt S. 342 mit Literaturangaben in N. 1-3.

⁶² Dabei muß auf Seiten des Gehilfen nicht unbedingt mittelbare Täterschaft gegeben sein: Vgl. Germann, Verbrechen S. 78.

⁶³ Bockelmann, Täterschaft und Teilnahme S. 51 oben; Welzel, Grundzüge S. 66 unten und S. 67; v. Weber, Aufbau S. 25; Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre S. 22; Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, Vorb. III A, 4, S. 102, der allerdings zwischen einem «natürlichen» und einem «bösen» Vorsatz unterscheidet; Wecks, Grenzen S. 64.

⁶⁴ Germann, Teilnahme S. 70.

der inneren Einstellung des Gehilfen, so distanziert man sich bereits von der Auffassung, daß die vorsätzliche Förderung eines fahrlässig verübten Delikts ein brauchbarer strafrechtlicher Begriff ist. Und dies mit Recht! Denn wer an der Auffassung festhält, daß Beihilfe zu fahrlässiger Haupttat denkbar ist, löst die Teilnahmeformen auf und läßt sie in farblosen Verursachungshandlungen untergehen⁶⁵. Einen bloßen Gehilfenwillen (*animus socii*) kann doch nur derjenige haben, der davon ausgeht, daß beim anderen Täterwille (*animus auctoris*) vorhanden ist. Täterwillen hat aber nur, wer vorsätzlich handelt, nicht auch derjenige, der sich der möglichen Folgen seines Verhaltens überhaupt nicht bewußt ist. Hält man an dem Begriff der vorsätzlichen Beihilfe zu fahrlässig begangener Haupttat fest, so unterscheidet den Gehilfen nichts mehr vom Täter⁶⁶.

Ein Beispiel möge das Gesagte verdeutlichen: Die Freundin A des Ehemannes B läßt tödlich wirkende Tabletten in einer Sacharinschachtel auf dem Eßtisch liegen in der Absicht, B möge sie unbesehen seiner zuckerkranken Frau C, deren Dittät er selbst kontrolliert, ins Essen mischen. – Ist hier die Annahme vorsätzlicher Förderung zu fahrlässiger Tötung gerechtfertigt? Hat A kein anderes Interesse als die Tatbegehung des B zu unterstützen? Dies ist zu verneinen:

A benutzt den B lediglich zur Ausführung der Tat. Sie läßt ihn den von ihr selbst erhofften und gewollten Tod der C herbeiführen. Ihr Wille beschränkt sich also nicht auf Förderung, sondern zielt darüber hinaus auf den Deliktserfolg ab. Darum ist sie selbst Täter, und zwar als mittelbarer Täter⁶⁷. – Wegen des eindeutig auf den Deliktserfolg gerichteten Willens kann von einem bloßen Zudienen des A im Sinne einer Deliktsförderung nicht die Rede sein. Daß er die Ausführung des Delikts nicht selbst vornimmt, spielt dabei keine Rolle. Als Täter ist anzusprechen, wer am Delikt in maßgebender oder leitender Weise beteiligt ist. Dies ist auch dann möglich, wenn der Täter den Geschehensablauf nur intellektuell steuert

⁶⁵ Bockelmann, Täterschaft und Teilnahme S. 20.

⁶⁶ Bockelmann, a. a. O. S. 19.

⁶⁷ S. Hafter I S. 232 in Verb. mit S. 220; Germann, Teilnahme, S. 6 und S. 43 unten: handelt A nur mit Gefährdungsvorsatz, nimmt er also nur die Möglichkeit eines Deliktserfolgs in Kauf, so liegt mittelbare bewußt-fahrlässige Täterschaft vor. – Vgl. auch Thormann-Overbeck Art. 25 N. 3; Welzel, Grundzüge S. 59 III a.

und die Tatausführung einem anderen überläßt. Auf Gehilfenschaft kann sich nur berufen, wer lediglich die Unterstützung der Tat will und dem Deliktserfolg kein persönliches Interesse entgegenbringt. Nur wer in untergeordneter Weise am Delikt mitwirkt, kann Gehilfe sein. Die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe liegt also im subjektiven Bereich⁶⁸. Wie entscheidend dieses subjektive Unterordnungsmoment der Beihilfe ist, zeigt gerade das vorliegende Beispiel auf.

Auch die Teilnahmeformen der Anstiftung und der Beihilfe weisen unter sich keinen eigenen Charakter mehr auf, verzichtet man auf das Erfordernis der vorsätzlich begangenen Haupttat: Verlangt man nämlich vom Anstifter nicht mehr, daß er im Täter den Entschluß zur Tat hervorruft, so fragt sich, was ihn subjektiv noch vom Gehilfen unterscheidet. Anstifter und Gehilfe würden gleichermaßen mit *animus socii* tätig, da sich der Vorsatz des Anstifters nicht mehr darauf zu richten brauchte, beim (fahrlässig handelnden) Täter den Willen zur Tatbegehung hervorzurufen⁶⁹. – Wer zur Bestrafung der Teilnahme eine vorsatzlose Haupttat genügen läßt, kann keine klaren willensmäßigen Richtlinien mehr aufstellen, nach denen die Teilnehmer untereinander und zur Täterschaft abgegrenzt werden können. Die geltende Strafrechtsordnung kann aber auf diese Unterscheidung nicht verzichten.

Wann immer wir also auf einen Fall stoßen, bei dem «vorsätzliche Beihilfe zu fahrlässig begangener Haupttat» vorzuliegen scheint, ist sorgfältig zu prüfen, ob nicht mittelbare Täterschaft vorliegt. Bloßer Förderungswille i. S. von Art. 25 StGB ist nur denkbar, wenn der Gehilfe irrtümlich annimmt, der Täter handle vorsätzlich. Nach Germann⁷⁰ genügt diese Annahme eines zurechenbaren Tätervorsatzes auf Seiten des Gehilfen. Es braucht nicht *objektiv* ein vorsätzlich begangenes Verbrechen vorzuliegen, damit der Gehilfe als solcher bestraft werden kann. Dieser Ansicht, die der Schuld des Gehilfen gerecht wird, kann grundsätzlich zugestimmt werden. Es sei aber sogleich darauf hingewiesen, daß nach geltendem Recht eine Bestrafung des Gehilfen für vorsätzliche

⁶⁸ Vgl. Hafer I S. 232 II; Germann, Verbrechen S. 80.

⁶⁹ Vgl. dazu BGE 71/IV/132 ff.: Versuchte Anstiftung zu falschem Zeugnis liegt nur vor, wenn jemand einen Zeugen zu *vorsätzlich* falschem Zeugnis bestimmen will.

⁷⁰ Teilnahme S. 41 unten.

Beihilfe in derartigen – vermutlich seltenen – Fällen nur dann möglich ist, wenn die fahrlässige Begehung der Haupttat mit Strafe bedroht ist. Leistet z. B. jemand vorsätzliche Beihilfe zu fahrlässig abgegebenem falschem Zeugnis, und setzt der Gehilfe irrtümlicherweise Vorsatz beim Täter voraus, so kommt eine Bestrafung des Gehilfen nicht in Frage, da die fahrlässige Abgabe eines falschen Zeugnisses nach Art. 307 StGB nicht strafbar ist, der Gehilfe also kein Verbrechen oder Vergehen im Sinne des Gesetzes gefördert hat. Die akzessorische Strafbarkeit der Beihilfe erlaubt hier nicht, das schuldhaft Verhalten des Gehilfen strafrechtlich zu erfassen⁷¹.

Im Vorstehenden wurde der Grundsatz herausgearbeitet, daß vorsätzliche Förderung eines Fahrlässigkeitsdelikts als strafrechtlicher Begriff (nach geltendem Recht) nicht brauchbar ist. 1. Da Teilnahme (Anstiftung oder Beihilfe) an einem Delikt vorsätzliche Begehung der Haupttat voraussetzt. 2. Weil die begriffliche Bejahung der vorsätzlichen Teilnahme am fahrlässig begangenen Delikt zu einer Verwischung der Grenzen zwischen Teilnahme und Täterschaft einerseits und den Teilnahmeformen untereinander andererseits führt. – Trotzdem darf das Problem nicht als abgeschlossen betrachtet werden, bevor wir die aufgestellte Behauptung an einigen Fahrlässigkeitstatbeständen des StGB auf ihre Richtigkeit hin überprüft haben. Es könnte sich nämlich im Einzelfall die Notwendigkeit ergeben, aus Gründen des Gerechtigkeitsbedürfnisses doch für die Anerkennung der «vorsätzlichen Beihilfe zur fahrlässig begangenen Tat» einzutreten.

So könnte das Bedürfnis nach Bestrafung einer Drittperson als Gehilfe beim «leichtsinnigen Konkurs und Vermögensverfall» i. S. von Art. 165 StGB entstehen. Dabei sind im voraus selbstverständ-

⁷¹ Die Behandlung der «vorsätzlichen Beihilfe zum fahrlässig begangenen Delikt» ist – wie wir gesehen haben – kein Fall des «unvollkommenen Gehilfenvorsatzes». Soweit mittelbare Täterschaft anzunehmen ist, geht hier der Wille des Gehilfen vielmehr über die Förderungsabsicht hinaus und zielt auf den Deliktserfolg ab. Wenn die Fälle der vorsätzlichen Beihilfe zum Fahrlässigkeitsdelikt trotzdem an dieser Stelle behandelt werden, so geschieht dies, um die Probleme der Beihilfe und der Fahrlässigkeit geschlossen zu behandeln. – Im übrigen könnte man bei den aufgezeigten Fällen vielleicht insofern von unvollkommenem Gehilfenvorsatz sprechen, als bei der mittelbaren Täterschaft der «Gehilfe» sich nicht auf Förderung der Haupttat beschränkt, und bei der irrtümlichen Annahme eines Tätersvorsatzes die Willensbildung des Gehilfen eine fehlerhafte ist.

lich jene Fälle auszuschließen, in denen der Schuldner (Täter) seine Zahlungsunfähigkeit mit Eventualdolus herbeigeführt hat⁷².

Zur Diskussion stehen also nur die Fälle, in denen ein Schuldner sich nicht bewußt ist, in welche Situation er sich bringt, obwohl es ihm bei gehöriger Sorgfalt gelungen wäre zu erkennen, wohin er steuert. — Ein Beispiel: Nehmen wir an, eine geschäftlich ebenso unerfahrene wie uninteressierte Tochter wird als Firmainhaberin eines Geschäftes vorgeschoben. Die Seele des Unternehmens und alleiniger Leiter ist ihr Vater, der die Firma durch bewußt leichtsinniges Geschäftsgebaren in Konkurs bringt. Das Verhalten der Tochter, die alles dem Vater überlassen hat, kann als unbewußt in bezug auf die entstandenen Folgen (Konkurs) bezeichnet werden. Dennoch ist ihr der Vorwurf der Pflichtversäumnis zu machen. Sie hätte sich um das Geschäft kümmern müssen, für das sie immerhin ihren Namen im Handelsregister gegeben hat⁷³. Die *Schuld* am Konkurs trägt hier aber offensichtlich der Vater. Seine Bestrafung erscheint unerläßlich, will man nicht jedem Gerechtigkeitsgefühl spotten. Die Möglichkeit, ihn als mittelbaren Täter zu fassen, besteht nicht. Beim «leichtsinnigen Konkurs» kann nur der Schuldner Täter sein. Passivlegitimiert ist im vorliegenden Fall also nur die Tochter⁷⁴. Eine Bestrafung des Vaters als Anstifter ist ebenfalls unmöglich, da er in der Tochter keinen Entschluß zur Begehung des Delikts hervorgerufen hat. Als einziger Ausweg bleibt daher die Möglichkeit, den schuldigen Vater als Gehilfen zum fahrlässigen herbeigeführten Konkurs (Art. 25 in Verbindung mit Art. 165 StGB) zur Verantwortung zu ziehen⁷⁵. Dabei könnte im konkreten Fall der

⁷² Nach heutiger Auffassung wäre es falsch, Art. 165 StGB ausschließlich als Fahrlässigkeitsdelikt gegenüber dem «betrügerischen Konkurs» (Art. 163 StGB) aufzufassen. Leichtsinziger Konkurs kann also sowohl vorsätzlich wie fahrlässig begangen werden: Vgl. Hafter, Besonderer Teil, 1. Hälfte S. 348 f.; Thormann-Overbeck, Art. 165 N. 3.

⁷³ Ob es sich im Einzelfall beim Schuldner um leichte oder eher grobe Fahrlässigkeit handelt, ist nicht von entscheidender Bedeutung; a. A. Thormann-Overbeck, Art. 165 N. 5, der auf der Schuldnerseite mindestens grobe Fahrlässigkeit verlangt.

⁷⁴ Brehse, Der leichtsinnige Bankrott S. 53 spricht sich für den Fall, daß ein Dritter die Schuld am leichtsinnigen Konkurs trägt, für die Annahme mittelbarer Täterschaft aus, vorausgesetzt, daß dieser Dritte ebenfalls Schuldner ist. Dies trifft aber eben hier nicht zu.

⁷⁵ a. A. Brehse, a. a. O. S. 51 f. mit der begrifflich richtigen Begründung, daß

Vater ungleich höher bestraft werden als die Tochter. Dies ist nach Art. 25 StGB durchaus möglich⁷⁶. Die Strafe der Tochter könnte hingegen vermöge entsprechender Milderungsgründe auf das Mindestmaß herabgesetzt werden (Art. 64 StGB). –

Fälle wie das vorgenannte Beispiel, die sich in der Praxis aus Art. 165 StGB ergeben können⁷⁷, bedeuten aber in Wirklichkeit keine Durchbrechung des Grundsatzes, daß vorsätzliche Beihilfe zu fahrlässig begangenen Straftaten undenkbar ist. Die Bewertung des Verhaltens des Vaters als Beihilfe ist der einzige – wenn auch unbefriedigende – Ausweg, um einen Schuldigen zur Rechenschaft zu ziehen. Der Wortlaut von Art. 165 StGB und die sich daraus ergebenden strafprozessualen Konsequenzen (nur der Schuldner ist als Täter passivlegitimiert) zwingen zu Hilfskonstruktionen, die begrifflich zu verwerfen sein mögen, dafür aber die gerechtere Lösung gewähren.

Eine gewisse Problematik ergibt sich ferner aus jenen Straftatbeständen, die zwar als Fahrlässigkeitsdelikte angesprochen werden, deren Begehung aber auf einem bewußten oder sogar vorsätzlichen Verhalten beruht, das die Schaffung einer erheblichen Gefahr zur Folge hat. Gemeint sind die Verbrechen oder Vergehen gegen den öffentlichen Verkehr (Art. 237 Ziff. 2; Art. 238 Abs. 2 und Art. 239 Ziff. 2 StGB) nebst den Strafbestimmungen der dazugehörigen Spezialgesetze⁷⁸. – Ist Gehilfenschaft zu solchen Tatbeständen denkbar?

Stellen wir uns vor, daß ein Autofahrer nach Maßgabe von Art. 237 Ziff. 2 StGB vorsätzlich die angemessene Geschwindigkeit überschreitet, bewußt Kurven schneidet usw. und dadurch eine «fahrlässige Verkehrsstörung» im Sinne einer erheblichen Gefährdung

Teilnahme nur an vorsätzlich begangener Straftat möglich ist. – Hartmann, Der leichtsinnige Bankrott S. 78, betont nur, daß Drittpersonen nicht als Täter bestraft werden können, tritt hingegen auf die Frage der Teilnahme nicht ein. Ablehnend auch Thormann-Overbeck, Art. 165 N. 6.

⁷⁶ Vgl. Hafer I S. 234, III.

⁷⁷ Vgl. zum obigen Beispiel den ähnlich gelagerten Fall in Bl. f. Z. R. Band 10, No. 205 und den Fall der Eheleute A. S. in Bl. f. Z. R. Band 15, No. 101. Im letzteren Urteil wurde der Ehemann von Gehilfenschaft freigesprochen, da das Zürcher Obergericht sich nicht entschließen konnte, vorsätzliche Beihilfe zu fahrlässig begangener Haupttat zu bejahen, aus Scheu, dadurch von der bisherigen Praxis abzuweichen.

⁷⁸ s. Germann, Erläuternde Textausgabe des StGB zu Art. 237–239.

hervorruft⁷⁹. Es ist denkbar, daß hier eine Begleitperson psychische Beihilfe ausübt⁸⁰. So könnte etwa ein Mitfahrer den Wagenlenker, der die Absicht geäußert hat, das Fahrtempo zu übersetzen und Kurven zu schneiden, in diesem Entschluß bestärken; oder ein Mitfahrer könnte den sich unwohl fühlenden Wagenlenker, der das Fahrzeug nicht mehr korrekt zu führen imstande ist, in seinem Vorhaben, trotzdem weiterzufahren, entscheidend beeinflussen⁸¹.

In einem Fall des Fahrens in angetrunkenem Zustand (Art. 59 MFG) hat das Bundesgericht die Beihilfe eines Mitfahrers sogar zur bloßen Vorbereitungshandlung bejaht⁸², begangen durch mehrfache Aufforderung zum Einkehren und Bezahlen der Zeche.

Denkbar ist auch der Fall, daß ein Kraftwagenführer die Bedienung des Richtungsanzeigers seinem Mitfahrer überläßt. Damit ist er aber nicht von der ihn treffenden Sorgfaltspflicht befreit. Kommt es zu einer fahrlässigen Verkehrsstörung i. S. von Art. 237 Ziff. 2

⁷⁹ Zum Begriff der erheblichen Gefährdung: BGE 61/I/203 ff., 51/I/214.

⁸⁰ Vgl. Karmann, Störung des öffentlichen Verkehrs, in SZS Band 65 S. 211.

⁸¹ Soweit das Verhalten des Fahrers in solchen Fällen als Übertretung gewertet wird, ist die Beihilfe dazu allerdings straflos. Vgl. von Rechenberg, Die allgemeine Gefährlichkeit als Voraussetzung für die Anwendung von Art. 237, Ziff. 2 StGB, in SJZ Band 47 S. 110.

⁸² BGE 65/I/336 ff. Der Entscheid ist aber deshalb unbefriedigend, weil die Vorbereitungshandlung nicht bewußt im Hinblick auf das zu begehende Delikt (Fahren in angetrunkenem Zustand) vorgenommen wurde, was zum Wesen der strafbaren Vorbereitungshandlung gehört. Darauf weist das genannte Urteil zwar hin, läßt dann aber das Sich-Betrinken doch als Vorbereitungshandlung gelten mit dem Hinweis, daß es sich aus der Natur des Delikts ergebe, daß es einen bestimmten Zustand voraussetze, der bewußt oder unbewußt herbeigeführt worden sein könne (S. 338). An diesem Bundesgerichtsentscheid, der vorsätzliche Beihilfe zu fahrlässig begangener Tat bejaht, wird offenbar, wie unbefriedigend eine solche Konstruktion ist. – Das Bedürfnis nach einer Bestrafung des Mitfahrers, der das rücksichtslose Verhalten des Wagenlenkers in der Tat gefördert hat, besteht zwar zu Recht. Eine kriminelle Schuld des Gehilfen, wie Art. 25 StGB sie fordert, liegt aber nicht vor. Vielmehr haben wir es hier mit einem jener Fälle zu tun, in denen das Verhalten des Mitfahrers, ungeachtet der Teilnahmeform, gewissermaßen als *delictum sui generis* mit Strafe bedroht sein sollte, wie dies Germann, Verbrechen S. 91, dann fordert, wenn ein Mensch es an der zu verlangenden Vorsicht oder dem erforderlichen Gemeinschaftssinn fehlen läßt. Ein solches Verhalten kann auch darin bestehen, daß ein Mitfahrer sich insofern mit dem verantwortungslosen Betragen des Wagenführers identifiziert, als er sich nicht nur «mitziehen» läßt, sondern dessen Treiben noch durch aktives Eingreifen fördert. Hier wäre eine empfindliche Polizeibuße für den Mitfahrer am Platze!

StGB, so ist der Wagenführer verantwortlich. Der Mitfahrer, der den Richtungsanzeiger wissentlich schlecht bedient hat, könnte aber gegebenenfalls für physische Beihilfe bestraft werden⁸³.

Vorsätzliche Beihilfe zu fahrlässiger Störung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen, nach Maßgabe von Art. 239 Ziff. 2 StGB wäre etwa denkbar, wenn der Arbeitskollege eines Tramwagenführers diesen trotz des Schildes «Unterhaltung mit dem Wagenführer verboten» in ein Gespräch zieht und dadurch an einer fahrlässigen Betriebsstörung oder -gefährdung fördernd mitwirkt⁸⁴.

Gelangt man in Fällen wie den vorgenannten zu der Auffassung, Gehilfenschaft zu fahrlässig begangenen «Verbrechen oder Vergehen gegen den öffentlichen Verkehr» sei möglich, so bedeutet dies im Grunde genommen keine Durchbrechung des Grundsatzes, daß vorsätzliche Beihilfe zu fahrlässig begangener Haupttat als strafrechtlicher Begriff nicht brauchbar ist. Da in den angeführten Tatbeständen (Art 237–239 StGB) der Delikterfolg im üblichen Sinne, d. h. Verletzung von Leib oder Leben, von Vermögen oder anderen Rechtsgütern fehlt und der Täter nicht für eine unbewußt herbeigeführte Verletzung, sondern für eine bewußt unvorsichtige Gefährdung von Rechtsgütern bestraft wird, haben wir es ohnehin beim Täter nicht mit der für die fahrlässige Deliktsbegehung typischen «fehlenden psychischen Beziehung zwischen Verhalten und Delikterfolg» zu tun. Dieser Umstand gibt auch der Beziehung zwischen Beihilfe und Haupttat ihr besonderes Gepräge.

Im übrigen ist es zweifelhaft, wie weit die praktische Bedeutung solcher «Beihilfefälle» reicht. Welche Verantwortung lastet schon auf den mit der Tatbestandsaufnahme betrauten Polizeiorganen, wenn es sich darum handelt, trotz Fehlens materieller Schäden das Heraufbeschwören einer konkreten Gefahr durch den fahrlässig handelnden Täter nachzuweisen. Wieviel schwerer erscheint es, in solchen Fällen noch den Grad des Mitverschuldens einer Begleit-

⁸³ Vgl. Schildknecht, Der rechtliche Schutz des Straßenverkehrs gemäß Art. 237 StGB S. 55 N. 1. – Zu überlegen wäre, ob der Mitfahrer als fahrlässig handelnder Mittäter zu bestrafen wäre. Art. 237 Ziff. 2 StGB schränkt die Hervorrufung einer Verkehrsstörung oder -gefährdung jedenfalls nicht auf den Wagenführer ein. Dies käme im übrigen der grundsätzlichen Auffassung Germanns, Verbrechen S. 197 nahe, der jeden am fahrlässig begangenen Delikt Beteiligten nach den gleichen Grundsätzen bestrafen will.

⁸⁴ Staub, Hinderung, Störung und Gefährdung von Betrieben, die der Allgemeinheit dienen (Art. 239 StGB) S. 86.

person zu berechnen⁸⁵. Die Bedenken, die schon der kriminellen Bestrafung des Täters entgegenstehen, verschärfen sich beim Gehilfen entsprechend⁸⁶. Vor allem wird auch der Richter sich hüten, Bagatelldinge zu erfassen⁸⁷.

Damit kann die Frage der vorsätzlichen Förderung eines Fahrlässigkeitsdelikts abgeschlossen werden. Der aufgestellte Grundsatz, daß vorsätzliche Beihilfe zu fahrlässig begangener Tat als juristischer Begriff nicht haltbar ist, hat keine eigentliche Einschränkung erfahren.

4. Ist die Behandlung des «Rücktritts eines Gehilfen aus eigenem Antrieb» als Fall des unvollkommenen Gehilfenvorsatzes gerechtfertigt?

Der Fall des Rücktritts eines Gehilfen von seiner Mitwirkung am Delikt kann nicht eigentlich mit jenen Fällen verglichen werden, die, wie etwa die Billigung oder die fahrlässige Beihilfe zum vorsätzlich begangenen Delikt, einen mangelhaften oder fehlenden Förderungswillen des «Gehilfen» aufweisen. Hier steht vielmehr einem vollkommenen und betätigten Förderungswillen ein *Gegenwille* des Gehilfen gegenüber, der vielleicht geeignet sein könnte, die Bedeutung des anfänglich deliktischen Willens stark abzuschwächen oder gar aufzuheben.

Bevor wir auf die Frage des Rücktritts des Gehilfen aber näher eintreten können, müssen wir zunächst jene Fälle ausscheiden, bei denen das Rücktrittsproblem sich nicht stellen kann. Wenn nämlich der Gehilfe bewußt eine untaugliche Hilfeleistung erbringt oder eine taugliche Unterstützung leistet in der Absicht, die Haupttat nicht zur Vollendung gelangen zu lassen und diesen Willen dann auch in die Tat umsetzt, so ist schon das innere Erfordernis des Förderungswillens nicht erfüllt. Wer also z. B. dem Mörder eine Pistole ohne Schlagstift, der Schwangeren ein unwirksames Abtreibungsmittel reicht⁸⁸, ist strafrechtlich ebensowenig verantwortlich wie der Gehilfe, der die Haupttat mit tauglichen Mitteln fördert,

⁸⁵ So auch Schildknecht, der rechtliche Schutz des Straßenverkehrs S. 34.

⁸⁶ Vgl. Germann, Rechtssicherheit, in SZS Band 49 S. 322.

⁸⁷ Hafter, Besonderer Teil, 2. Hälfte S. 536.

⁸⁸ Germann, Verbrechen S. 200; Welzel, Grundzüge S. 69; v. Weber, Grundriß S. 72; RGE 56/168 und 60/24.

in der Absicht, die Vollendung des Delikts nicht zuzulassen, und der dann auch aktiv eingreift, um das Unheil abzuwenden⁸⁹.

Was aber gilt für den Gehilfen, der zunächst einen deliktischen Förderungswillen betätigte, den seine Tat dann aber reut, und der sich alle Mühe gibt, die Wirkungen seines Verhaltens zu zerstören? Welche Anforderungen müssen wir an seine «tätige Reue» stellen? Ist diese gegebenenfalls nach Art. 22 Abs. 2 StGB zu bewerten?

Eine bundesgerichtliche Stellungnahme zu diesem Problem ist bisher nicht erfolgt. Hafter spricht sich in seinem Lehrbuch über die Frage des Rücktritts des Gehilfen nicht aus. Thormann-Overbeck⁹⁰ will denjenigen Gehilfen nach Maßgabe von Art. 22 Abs. 2 StGB straflos ausgehen lassen, dem es gelungen ist, den Erfolg der Haupttat abzuwenden⁹¹. Den Fall, daß ein Gehilfe alle Bemühungen macht, seinen anfänglich betätigten Förderungswillen (Tatbeitrag) rückgängig zu machen, ohne daß es ihm indessen gelingt, den Erfolg der Haupttat abzuwenden, zieht der genannte Kommentar nicht in Erwägung. Indessen greift Germann⁹² das hier interessierende Rücktrittsproblem ausführlicher auf: Er vertritt die Auffassung, der Gehilfe müsse entweder in das noch nicht abgeschlossene Vorgehen des Täters eingreifen, indem er diesen zum Rücktritt bestimmt oder zumindest die Auswirkungen seiner eigenen Tätigkeit verhüten. Germann stellt also an den Rücktritt des Gehilfen nicht die Anforderung, daß der Gehilfe unbedingt den Deliktserfolg verhüten müsse⁹³. Er erachtet es als ausreichend, wenn der Gehilfe seinen eigenen Tatbeitrag rückgängig macht. Beispiel: der Gehilfe verschafft dem Täter ein Einbruchswerkzeug, entzieht ihm dieses aber rechtzeitig wieder. Tritt der Erfolg dann doch ein, so soll der

⁸⁹ Vgl. RGE 56/27 f.

⁹⁰ Art. 22 N. 7.

⁹¹ Der Ausdruck Straflosigkeit ist allerdings nicht ganz korrekt. Art. 22 Abs. 2 StGB gewährt zwar fakultative Strafmilderung nach freiem Ermessen, das bedeutet aber gemäß Art. 66 Ab. 2, daß der Richter immerhin noch an das gesetzliche Mindestmaß der Strafart, für die er sich entscheidet, gebunden ist. Allerdings kann er z. B. anstatt auf Gefängnis auf Buße erkennen, die keinen kriminellen Strafcharakter mehr trägt.

⁹² Germann, Verbrechen S. 84 und S. 197.

⁹³ So auch Engi-Canova, die Teilnahme am Verbrechen, in SJZ Band 45 S. 100, der nur verlangt, daß der Gehilfe seinen Tatbeitrag rückgängig macht oder das Delikt sonst zu verhindern sucht.

Gehilfe dafür nicht büßen müssen. Wenn Germann⁹⁴ dazu ausführt, maßgebend bei der inneren Einstellung des Teilnehmers sei «das Ziel, den Eintritt des deliktischen Erfolgs zu verhindern», so bedarf dieser grundsätzliche Gedanke – den der genannte Autor für Anstifter und Gehilfen aufstellt – m. E. doch einer Präzisierung im einschränkenden Sinne, soweit es sich um den Gehilfen handelt.

Da der Gehilfenvorsatz sich ohnehin nur auf die Förderung des Hauptdelikts erstreckt, muß auch für den Rücktritt des Gehilfen die grundsätzliche innere Zielsetzung genügen, seinen erbrachten Tatbeitrag nachträglich wieder unwirksam zu machen. Es erscheint nicht adäquat, beim Rücktritt mehr von ihm zu verlangen, als er anfänglich verschuldet hat; denn er hat weder wie der Anstifter im Täter den Entschluß zur Tatbegehung geweckt, noch ist er wie der Mittäter bestrebt, alles zu tun, was erforderlich scheint, um den Deliktserfolg herbeizuführen. Aus diesem Grunde dürfte es gerechtfertigt sein, vom Rücktritt des Gehilfen prinzipiell nur zu verlangen, daß er – dem Maße seiner Beteiligung entsprechend – unwirksam zu machen sich bemüht, was er selbst verschuldet hat, nämlich seinen Unterstützungsbeitrag.

Allerdings wird es in vielen Fällen nicht möglich sein, daß der Gehilfe die Wirkungen seiner Hilfeleistung schon dadurch aufhebt, daß er lediglich seinen Tatbeitrag «zurücknimmt». Dies ist nämlich nicht mehr möglich, wenn eine physische Beihilfe (etwa Hingabe eines Einbruchswerkzeugs) schon bei der Tatbegehung verwendet worden ist; bei der psychischen Beihilfe ist es hingegen überhaupt problematisch, ob ein Rückgängigmachen des Tatbeitrages möglich ist. – Ein Beispiel: Der Gehilfe G hat der Schwangeren (S) die Adresse eines Abtreibers beschafft. Die Kenntnis dieser Adresse und ihre unterstützende Wirkung auf den Abtreibungsentschluß der S kann G nicht mehr unwirksam machen. Seine psychische Unterstützung läßt sich nur noch dadurch aufheben, daß er in das verbrecherische Geschehen eingreift, sei es, daß er den bestellten Abtreiber absagt, sei es, daß er die S von ihrem Deliktsentschluß abzubringen sucht. Mißlingt sein Bemühen, und läßt die S die Abtreibung dennoch vornehmen, so stellt sich die Frage, ob dem Gehilfen G dennoch «tätige Reue» nach Maßgabe von Art. 22 Abs. 2 StGB zugerechnet werden soll.

⁹⁴ Verbrechen S. 84 und S. 197.

Nach den Anforderungen, die Germann (S. 202, 6., Ziff. 2) aufstellt, wäre dies zu verneinen. Der Gehilfe vermochte hier weder den deliktischen Erfolg zu verhindern⁹⁵, noch einen wirksamen Verhinderungsbeitrag zu leisten; ja es gelang ihm nicht einmal, seinen eigenen Tatbeitrag unwirksam zu machen. Können wir hier noch mit Art. 22 Abs. 2 StGB operieren? Der genannte Gesetzesartikel versteht unter tätiger Reue nur jenes Verhalten, das einen Deliktserfolg zu verhindern vermochte. Der Wortlaut «zum Nichteintritt des Erfolgs beitragen oder den Eintritt des Erfolgs verhindern» fordert notwendig, daß es dem Täter bzw. Gehilfen gelingt, den Deliktserfolg abzuwenden⁹⁶. Ein erfolgloses Bemühen des Gehilfen, dem Deliktserfolg entgegenzuwirken (wenn Zurücknahme des Tatbeitrages nicht möglich ist), kann nicht auf Grund von Art. 22 Abs. 2 berücksichtigt werden, will man nicht die Bestimmung über «tätige Reue» ungerechtfertigt weit ausdehnen.

Wie aber sollen wir die Tatsache, daß ein Gehilfe von seinem deliktischen Förderungsvorsatz innerlich und äußerlich, und so weit es in seiner Macht lag, Abstand genommen hat, berücksichtigen? Soll der physische Beihilfe Leistende besser gestellt sein (vgl. Beispiel S. 77) als der psychisch unterstützende Gehilfe, nur weil es letzterem nicht möglich ist, seinen Tatbeitrag in offensichtlicher Weise «zurückzunehmen»?

Bevor wir Vorschläge zur Lösung dieses Problems unterbreiten, müssen wir uns zunächst verdeutlichen, daß es für den Gehilfen fast immer schwieriger ist als für den Täter, vom Delikt zurückzutreten. Jeder kann seinen eigenen Willen frei ändern und sein Handeln dementsprechend ausrichten. Sobald man aber auf den unabhängigen Willen eines *anderen* Individuums einwirken muß und ohne eine erfolgreiche Einwirkung sein Ziel (hier die Verhinderung des deliktischen Vorhabens) nicht erreichen kann, braucht es unter Umständen einen vielfachen Willens- und Tateinsatz.

⁹⁵ Allerdings könnte auch nach dem Wortlaut der *lex lata* Rücktritt angenommen werden, wenn man den Begriff «Eintritt des Erfolges verhindern» *subjektiv* versteht.

⁹⁶ Anders der Entwurf von 1918, Art. 21 Abs. 2, der die Vergünstigung für tätige Reue schon demjenigen einräumte, der aus eigenem Antrieb dem Eintritt des Erfolgs *entgegenwirkte*; siehe auch Protokoll der 2. Expertenkommission I S. 171, wo Zürcher verlangte, es müsse vom Gehilfen gefordert werden, daß er etwas tue, um den Erfolg zu verhindern. Vgl. auch Hafer I, S. 211 N. 2 und Germann, Teilnahme S. 68.

Selbst wenn ein Gehilfe sich mit allen Kräften um die Verhinderung des Verbrechens bemüht, ist seine Aussicht auf Erfolg nicht allzu groß: Er muß immer mit dem möglicherweise unbeeinflussbaren Willen des Täters rechnen. – Wieviel einfacher hat es hingegen der Täter! Er kann sich von Augenblick zu Augenblick für oder gegen die Durchführung des Delikts entscheiden, d. h. ohne Schwierigkeiten vom Delikt zurücktreten. – Aus den dargelegten Gründen muß den Erschwerungen, die sich dem Gehilfen für den Rücktritt entgegenstellen, Rechnung getragen werden. Eine Gleichschaltung der Anforderungen für Täter und Gehilfen müßte zu Härten für den letzteren führen. Die Erfordernisse für den Rücktritt des Gehilfen müssen daher mildere sein.

Auf das Abwenden des Deliktserfolges darf beim Rücktritt des Gehilfen nicht abgestellt werden. Es kann auch nicht darauf ankommen, daß der Gehilfe seinen Tatbeitrag in allen seinen Wirkungen aufhebt. Um allen Beihilfemodalitäten eine gleiche Behandlung zukommen zu lassen, dürfte es sich rechtfertigen, jedem Gehilfen, der aus eigenem Antrieb und in objektiv erkennbarer Weise bestrebt ist, seinen anfänglich betätigten Förderungswillen so weit als möglich unwirksam zu machen, die Betätigung dieses Gegenwillens anzurechnen.

Dabei sollte es möglich sein, den Gehilfen grundsätzlich straflos ausgehen zu lassen, da ihm hinsichtlich der begangenen Haupttat kein Förderungsvorsatz mehr zur Last gelegt werden kann. Der aufrichtig betätigte Gegenwille des Gehilfen muß auf der Waage der Gerechtigkeit das Gewicht des anfänglich deliktischen Willens wieder aufheben. Der Einwand, der anfängliche Förderungswille könne trotzdem beim Täter fortwirken und insofern auch kausal am Deliktserfolg beteiligt sein, kann zwar nicht bestritten werden; seine Bedeutung dürfte aber gering sein. Vergessen wir nicht, daß der Gehilfe stets einem mehr oder weniger fest entschlossenen Täter beisteht. Begeht dieser Täter nun *nach* dem Rücktritt des Gehilfen dennoch das Verbrechen, bzw. vollendet er es trotzdem, so beweist dies nur, wie gering der Einfluß des Gehilfen auf den Täter von Anfang an war. Wäre seine Mitwirkung von entscheidendem Einfluß gewesen, so hätte sein Rücktritt vermutlich auch auf den Entschluß des Täters seine Wirkung nicht verfehlt. – Um aber allen Varianten der Intensität des betätigten Rücktrittswillens des Gehilfen gerecht zu werden und im Einzelfall eine ungerechtfertigte

Straflosstellung zu vermeiden, wäre es de lege ferenda angebracht, es dem Ermessen des Richters anheimzustellen, die Gehilfenstrafe nach freiem Ermessen zu mildern⁹⁷ oder von Strafe ganz abzusehen. Dies erscheint auch bei einer Gegenüberstellung der tätigen Reue des Gehilfen mit der tätigen Reue eines Täters (Art. 22 Abs. 2 StGB) angemessen: Kann die Täterstrafe trotz dessen schweren Verschuldens bei tätiger Reue noch nach freiem Ermessen gemildert werden, so erscheint es nicht unbillig, dem Gehilfen seiner grundsätzlich schwächeren verbrecherischen Willensintensität wegen nach Möglichkeit den Weg in die Straflosigkeit zu öffnen.

⁹⁷ Bei seinen kritischen Bemerkungen zu den Teilnahmebestimmungen des Entwurfs stellte Germann in Teilnahme S. 72 fest, man könnte sich doch fragen, ob nicht für leichtere Fälle der Gehilfenschaft Strafmilderung nach freiem Ermessen eingeräumt werden sollte. – Unter solche «leichteren Fälle» könnte man m. E. gerade auch die Fälle zählen, wo der Deliktswille des Gehilfen durch einen aus eigenem Antrieb betätigten Gegenwillen gleichsam aufgehoben wurde.

4. Kapitel

Die Zurechenbarkeit der erbrachten Beihilfe

§ 9. Die Akzessorietät der Beihilfe verlangt eine ausgeführte Haupttat

1. Das Prinzip der akzessorischen Strafbarkeit

Hat der Gehilfe seinen Tatbeitrag vorsätzlich erbracht, so ist damit noch nicht gesagt, daß er auch strafbar ist; die Zurechenbarkeit seines deliktischen Verhaltens hängt nämlich davon ab, daß das Verbrechen oder Vergehen, dem er zudiente, auch wirklich begangen worden ist. Der Gehilfe ist also nicht unabhängig strafbar, sondern erst dann, wenn sein Verhalten in einem anderen Vorgang (Hauptdelikt) Wirkungen entfaltet hat. In dogmatischem Sinne spricht man deshalb von der akzessorischen d. h. abhängigen Strafbarkeit der Beihilfe. Die geltende Rechtsordnung hat an diesem Dogma in Art. 25 festgehalten; denn als Gehilfe ist nur strafbar, wer zu einem Verbrechen oder Vergehen Hilfe leistet¹. Die schweizerische Lehre nimmt diese Regelung allerdings mit geteilter Meinung hin. Hafter² als Vertreter der positiv eingestellten Autoren billigt die gesetzliche Regelung, da er das akzessorische Moment schon in der *Natur* der Gehilfenschaft begründet findet. Für ihn ergibt sich daher keine Divergenz zwischen dem Begriff und der Strafbarkeit der Beihilfe. Germann³ hingegen erblickt in der akzessorischen Strafbarkeit des Gehilfen die Anwendung einer längst überholten Theorie, die einen Rest der veralteten Erfolgshaftung bedeutet. Er tritt – *de lege ferenda* – für eine von der Begehung der Haupttat unabhängige Bestrafung des Gehilfen ein. Dabei geht er von der rein subjektiven Einstellung aus, daß ein jeder am De-

¹ Anders bei der Anstiftung. Hier wurde das Dogma von der Akzessorietät mit Recht teilweise über Bord geworfen: Die Anstiftung zu einem Verbrechen ist nach Art. 24 Abs. 2 StGB nämlich auch dann strafbar, wenn der Angestiftete die Tat nicht begeht. Nur die Anstiftung zu einem nicht ausgeführten Vergehen bleibt straflos.

² I S. 231.

³ Verbrechen S. 77 f. 203. Ausführlich über das Problem der akzessorischen Strafbarkeit: Teilnahme S. 45 ff.

likt Beteiligten nach dem Maß seines eigenen Verschuldens bestraft werden soll.

Unbestritten dürfte allerdings die akzessorische Natur der Beihilfe sein; denn der Gehilfe wird stets in der Erwartung tätig, daß ein anderer das Delikt begehen bzw. den Deliktserfolg herbeiführen wird^{4, 5}. Diese generelle Erwartung des Deliktserfolgs schließt aber nicht aus, daß es dem Gehilfen oft völlig gleichgültig sein wird, ob der Deliktserfolg dann auch tatsächlich eintritt.

Rechnet der Gehilfe also damit, daß ein anderer die Straftat ausführt, so stellt sich für uns sofort die Frage: Wie weit muß die Ausführung der Haupttat gediehen sein, damit der Gehilfe – gemäß dem Prinzip der akzessorischen Strafbarkeit – für seinen Tatbeitrag bestraft werden kann? – Art. 25 StGB gibt uns hierüber keinen Aufschluß.

2. Die Förderung eines versuchten Delikts

Die schweizerische Lehre vertritt einhellig die Auffassung, daß strafbare Helferschaft nicht erst dann vorliege, wenn der Deliktserfolg tatsächlich eingetreten ist, daß es aber auf Seiten des Täters mindestens zu einem strafbaren Versuch gekommen sein müsse⁶. Ist der Täter in seinem Vorhaben nicht so weit gelangt, so soll auch die Beihilfe straflos bleiben. Diese Grenzziehung für die akzessorische Strafbarkeit des Gehilfen geht davon aus, daß ein strafbarer Versuch nur dann vorliegt, wenn der Täter den Vorsatz hatte, die strafbare Handlung zu vollenden⁷, diese aber aus irgendeinem Grunde gegen seinen Willen unterbrochen wurde, d. h. im Versuch steckenblieb. Dabei muß man sich stets vergegenwärtigen, daß Voll-

⁴ So auch Germann, Teilnahme S. 51 und S. 70.

⁵ Nicht richtig wäre es, aus dem aufgestellten Grundsatz die Folgerung zu ziehen, daß sich deshalb der Wille des Gehilfen auch auf den Deliktserfolg erstrecke, wie dies Wecke, Grenzen S. 33 f. tut. Er unterstützt seine Behauptung durch den Hinweis, daß die Förderung der Haupttat für deren Erfolg ja auch ursächlich sein müsse. Daß die Frage der Kausalität nicht mit der Schuldfrage verquickt werden dürfe, darauf hat schon v. Bar, Gesetz und Schuld, Band II S. 177 ff. hingewiesen. Die Feststellung, ein Beihilfeakt habe den konkreten Deliktserfolg mitverursacht, sagt noch nichts über den Willen des Gehilfen aus. Vgl. vorn S. 56 der Arbeit.

⁶ Hafer I S. 235; Thormann-Overbeck Art. 25 N. 2; Logoz Art. 25, 3. c; Petrzilka Art. 25 Abs. 3; Germann, Verbrechen S. 201; zum alten Zürcher Strafrecht vgl. Zeller, Erläuterungen, § 39 N. 3; Schwander No. 270 Abs. 2.

⁷ Hafer I S. 201.

endung und Versuch eben nicht zwei verschiedene Deliktsarten, sondern nur zwei verschiedene Erscheinungsformen ein und desselben Delikts sind⁸. Nach streng subjektivistischer Auffassung müßte deshalb der Versuch und mit ihm die Beihilfe zum Versuch gleich schwer bestraft werden wie das vollendete Delikt resp. die Beihilfe zum vollendeten Delikt. Die schweizerische Strafrechtsordnung hat dieses Postulat indessen nur teilweise verwirklicht, da die Bestimmungen über den Versuch (Art. 21 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 1 StGB) immer noch eine fakultative Strafmilderung vorsehen. Der Richter kann also, er *muß* aber nicht, auf gleich schwere Bestrafung erkennen.

Sind Vollendung und Versuch gleiche Deliktsarten, die ihre Verschiedenheit nur aus der äußeren Erscheinungsform beziehen, so ergibt sich daraus ein weiteres: Der Täter, der nur den Versuch will, wird niemals wegen versuchter Tat bestraft: Wer nur versuchen will, ob der falsche Schlüssel paßt, ohne einbrechen zu wollen, will kein Delikt begehen. Deshalb muß auch der Gehilfe, der einem solchen «Versuch» zudient, straffrei bleiben; denn er fördert kein sozial untragbares Verhalten. Es gibt daher nach geltendem Recht und in Wahrung des Akzessorietätsprinzips keine Beihilfe, wo der strafrechtliche Charakter der «Haupttat» ausgeschlossen ist^{9, 10}.

Von Beihilfe zum Versuch darf also nur dann gesprochen werden, wenn der Täter es auf den Deliktserfolg abgesehen hatte, dieser aber nicht eingetreten ist¹¹.

Hierunter fällt auch die Beihilfe zum untauglichen Versuch, der nach geltendem Recht grundsätzlich strafbar ist (Art. 23 Abs. 1).

⁸ BGE 29 I 209.

⁹ Vgl. Liszt-Schmidt, Lehrbuch S. 343 f.

¹⁰ Von einem solchen «Versuch» zu unterscheiden ist die sogenannte Vorbereitungshandlung. Diese wird nämlich im Hinblick auf ein geplantes Verbrechen vorgenommen. Sie bleibt zwar normalerweise straflos, kann aber im Ausnahmefall auch bestraft werden: dann nämlich, wenn sie schon einen beachtlichen Gefährlichkeitsgrad offenbart, oder doch schon einen «entscheidenden Schritt» bedeutet. Wird der Täter für eine solche Vorbereitungshandlung bestraft, so ist auch Gehilfenschaft denkbar. Die Strafbarkeitsgrenze für den Gehilfen verschiebt sich in diesem Fall, d. h. sie wird vorverlegt: Vgl. dazu BGE 77/IV/16 und BGE 65 I 338. Das letztere Urteil ist allerdings deswegen unbefriedigend, weil hier die Vorbereitungshandlung nicht nachweisbar im Hinblick auf das spätere Delikt vorgenommen wurde (siehe vorn S. 74, insb. N. 82 der Arbeit).

¹¹ Nach v. Buri, Über Kausalität und Teilnahme, in ZStW Band 2 S. 269 ist der Gehilfe (für Beihilfe zum Versuch) deshalb strafbar, weil er den Delikts-

Allerdings darf der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern. Hat der Täter aus Unverstand gehandelt, so kann er sogar von einer Bestrafung Umgang nehmen (Art. 23 Abs. 2). – Maßgebend für die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ist der verbrecherische Wille, der auch hier auf einen Deliktserfolg gerichtet ist. Daß der Täter dabei irrtümlich annahm, das Mittel oder Objekt seines Vorgehens sei geeignet, einen solchen Deliktserfolg herbeizuführen, ist unerheblich. Die Tauglichkeit i. S. der Gefährlichkeit ist nicht Begriffsmerkmal des Versuchs^{12, 13}.

Eine Besonderheit hinsichtlich der akzessorischen Strafbarkeit des Gehilfen für Beihilfe zum Versuch gilt allerdings in denjenigen Fällen, wo ein Täter vom nichtbeendigten oder beendigten Versuch aus eigenem Antrieb zurückgetreten ist (Art. 21 Abs. 2; Art. 22 Abs. 2 StGB). Hier ist die Tat mit Willen des Täters beim strafbaren Versuch stehengeblieben. Dieses Verhalten kann nur ihm selbst, nicht auch seinem Gehilfen zugute kommen. Hier findet die akzessorische Strafbarkeit des Gehilfen ihre Grenze. Der Rücktritt vom Versuch, sofern der Täter ihn aus freien Stücken vornimmt, wirkt nicht auf den Gehilfen zurück. Er ist ein rein persönliches Verhältnis i. S. von Art. 26, das nur bei dem berücksichtigt wird, bei dem es vorliegt. Diese Regelung entspricht denn auch dem Gerechtigkeitsgefühl.

Eine Besonderheit hinsichtlich der Strafzumessung für den Gehilfen gilt auch für jene Fälle, wo beide Erscheinungsformen des

erfolg mitverursachen wollte. Diese Formulierung ist verfänglich: denn sie dehnt den Gehilfenwillen zu weit aus: Das Ziel des Gehilfenwillens ist mit der Deliktserreichung erreicht und erstreckt sich nicht darüber hinaus auch noch auf den Verbrechenserfolg (vgl. vorn S. 56 der Arbeit).

¹² Germann, Die Rechtsprechung über den Versuch nach schweizerischem Strafrecht, in SZS Band 60 S. 22.

¹³ Die Rechtsprechung zum untauglichen Versuch, insbesondere zum Abtreibungsversuch einer Nichtschwangeren, ist schwankend. Während das Bundesgericht in BGE 70 IV 152 ff. und BGE 75 IV 7 ff. sowohl die Nichtschwangeren als auch ihren Gehilfen nach Maßgabe von Art. 23 Abs. 2 StGB straflos ausgingen ließ, erklärte es in BGE 74 IV 66 den Abtreibungsversuch an einer Nichtschwangeren als untauglichen Versuch i. S. von Art. 23 Abs. 1 StGB als strafbar. Auf dieses Urteil kam dann das Bundesgericht im Entscheid 76 IV 153 ff. zurück, wo es den Abtreibungsversuch einer Nichtschwangeren unter anderem auch wegen der objektiven Gefährdung ihres eigenen Lebens bei solchen Eingriffen für strafwürdig erklärte (S. 156). Der oberste Gerichtshof ging auch auf die Frage der *Beihilfe* ein und vertrat die Ansicht, die Bestrafung der Nichtschwangeren sei

Delikts (Versuch und Vollendung) der gleichen Strafdrohung unterstellt sind. Ist der Versuch als selbständiger Tatbestand ausgestaltet, oder wird er in ein und demselben Tatbestand der selben Strafdrohung wie das vollendete Delikt unterstellt, so kann der Gehilfe sich nicht darauf berufen, er habe nur einem Versuch zugehört, und seine Strafe sei demzufolge gegebenenfalls nach Art. 25 StGB in Verbindung mit Art. 21 StGB herabzusetzen.

Beispiel: Das unbefugte Anbieten von Betäubungsmitteln zum Verkauf bzw. zur Abgabe wird nach dem Bundesgesetz über Betäubungsmittel vom 2. 10. 1924 (Art. 11 Abs. 1) gleicherweise unter Strafe gestellt wie der tatsächliche Verkauf oder Kauf solcher Rauschgifte. Wer daher das Zusammentreffen von Rauschgifthändlern ermöglicht, indem er Abnehmer zum Lieferanten führt, zwischen ihnen oder ihren Mittelsmännern Zusammenkünfte vereinbart etc. ist Gehilfe i. S. von Art. 25 StGB, auch wenn er nur das Anbieten der Ware fördert. Da hier unter «Anbieten» schon die Offerte zu verstehen ist und nicht erst das tatsächliche Anbieten i. S. der versuchten Übergabe der Betäubungsmittel (Gewahrsamsübertragung), ist jede Vermittlertätigkeit als Beihilfe anzusprechen. Bleibt die Ware später aus, so darf das vorangegangene Angebot nicht als Versuch, die geleistete Beihilfe nicht als Förderung eines Versuchs angesprochen werden: vgl. hierzu BGE 77/IV/25 ff., insbesondere S. 28 f.

3. Die erfolglose Beihilfe

a) *Nach geltendem Recht*

Der Gehilfenvorsatz erschöpft sich, wie wir immer wieder betont haben, in dem Willen, die Haupttat zu fördern. Strafrechtlich erheblich aber wird dieser Unterstützungswille nicht schon dann, wenn der Gehilfe seinen Vorsatz in einer entsprechenden Förderungshandlung verwirklicht hat, sondern erst, wenn es auf Seiten des Täters mindestens zu einem strafbaren Versuch gekommen ist. Führt der Täter nach erbrachter Beihilfe sein deliktisches Vorhaben nicht aus, oder begeht er ein anderes Delikt, bei dem er von der erbrachten Beihilfe keinen Gebrauch macht, so ergibt sich für den Gehilfen folgende Rechtslage: Er hat zwar einen deliktischen Vorsatz gefaßt und seinen Willen verwirklicht, er kann aber nicht

auch deshalb gerechtfertigt, weil damit zugleich auch der Gehilfe, der ihr nach Art. 118 StGB (etwa durch Vermittlung eines Abtreibers) hilft, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könnte, während das bisher nur bei der dem Abtreiber beistehenden Drittperson nach Art. 119 StGB möglich war.

bestraft werden, da sein Tatbeitrag keine Verwendung fand¹⁴. Erst der Hinzutritt der Haupttat macht den betätigten Förderungswillen zu einem strafrechtlich erheblichen Verhalten. Erst die Akzessorität rückt den Gehilfen ins strafrechtliche Rampenlicht. – Die erfolglose Beihilfe ist straflos¹⁵.

Art. 25 StGB regelt den Fall der erfolglosen Beihilfe nicht. Der Beweis der Straflosigkeit des Gehilfen läßt sich aber aus Art. 24 Abs. 2 StGB ableiten: Hier ist nur die erfolglose Anstiftung (Anstiftungsversuch) zu *Verbrechen* mit Strafe bedroht; der Anstiftungsversuch zu einem einfachen Vergehen bleibt hingegen straflos. Daraus muß der Schluß gezogen werden, daß die erfolglose Beihilfe in jedem Fall straffrei bleiben soll, da sie die kriminell leichtere Teilnahmeform darstellt. Wollte der Gesetzgeber es anders, so hätte es einer entsprechenden Regelung in Art. 25 StGB bedurft¹⁶.

b) Nach der subjektiven Theorie

Mit Recht stoßen sich die Vertreter einer streng subjektiven Auffassung an der akzessorischen Strafbarkeit des Gehilfen; denn auch das moderne schweizerische Strafrecht urteilt nicht konsequent vom Verschulden aus, sondern haftet gelegentlich noch am alten

¹⁴ Nicht hierher gehört der Fall, daß ein Gehilfe seinen Tatbeitrag erbringen will, die versprochene Hilfeleistung dann aber nicht erbringen *kann*. Hier ist die «Beihilfe» nämlich nicht erst dann «erfolglos», wenn die Haupttat nicht zustande kommt, sondern es hat sich schon der Vorsatz des Gehilfen auf Erbringung einer Unterstützungsleistung nicht verwirklicht. Wo aber die Verwirklichung des deliktischen Willens, d. h. der äußerlich erkennbare Beihilfeakt fehlt, ist schon der objektive Tatbestand der Hilfeleistung i. S. von Art. 25 StGB nicht erfüllt. Die Frage der Zurechenbarkeit des Gehilfenverhaltens nach den Maßstäben des Akzessorietätsprinzips stellt sich hier gar nicht. Vgl. dazu Germann, Verbrechen S. 201, dessen Ausführungen zu dieser Frage aber nicht präzise abgefaßt sind.

¹⁵ Hafter I S. 235; Logoz Art. 25, 3. c Abs. 3; Engi-Canova, Die Teilnahme am Verbrechen, in SJZ Band 45 S. 100; Germann, Teilnahme S. 58 und Verbrechen S. 201. – Die erfolglose Beihilfe wird in der Literatur vielfach als «versuchte Beihilfe» bezeichnet. Wir vermeiden diesen Ausdruck aber in der Folge, um keine Verwechslung mit der schon behandelten «Beihilfe zum Versuch» und jenem Fall der «versuchten Beihilfe» heraufzubeschwören, den wir in der vorstehenden Anmerkung (14) als Fall des fehlenden objektiven Tatbestands aufführten.

¹⁶ Eine solche Regelung wurde aber auch in den Vorarbeiten zum Strafgesetzbuch nicht in Betracht gezogen (Sten. Bull. S. 64). – Anders das deutsche Strafgesetzbuch, wo die erfolglose Beihilfe, sofern sie zu einem Verbrechen geleistet wird, strafbar ist: § 49 a, Abs. 3 dStGB.

Erfolgsstrafrecht. – Warum soll ein Gehilfe straflos bleiben, der seinen Tatbeitrag voll erbracht hat, nur weil etwa der Haupttäter sich nicht zum Delikt entschließen kann? Die Schuld des Gehilfen ist doch genau dieselbe, ob der Täter das Verbrechen begeht oder nicht¹⁷. Das subjektivistische Postulat nach unabhängiger Bestrafung des Gehilfen kommt dem Gerechtigkeitsideal fraglos näher als die im Gesetz (Art. 25 StGB) noch verankerte akzessorische Strafbarkeit. Während das seinen Ausgangspunkt von der Haupttat nehmende Erfolgsstrafrecht regelmäßig erst dann eingreift, wenn der verbrecherische Wille zu dem mehr oder weniger zufälligen Erfolg durchgedrungen ist, verlegt das Willensstrafrecht die Verteidigungslinie möglichst weit nach vorn. Es erfaßt schon den rechtsfeindlichen Willen, die verwerfliche Einstellung des Täters zur Gemeinschaft, und versucht, sie im Keime zu ersticken¹⁸.

Die subjektive Lehre erfaßt den noch In-Sich-Schuldigen, bevor er sich an der Gemeinschaft versündigen kann, doch verlangt auch sie, daß die innere Schuld sich in erkennbarer Weise nach außen manifestiert hat. Ohne aus den Umständen erkennbare, gewisse Anzeichen soll keiner eines Deliktes verdächtigt werden. Die Gefahr der Gesinnungssehnüffelei liegt bei einer so früh eingreifenden Verbrechensbekämpfung ohnehin nahe. –

Obwohl die subjektivistischen Postulate dem Gerechtigkeitsgefühl entsprechen, ist es denkbar, daß die selbständige Bestrafung des Gehilfen – im Falle der erfolglosen Beihilfe – Nachteile aufweisen könnte. Wir wollen versuchen, diese an einem Beispiel zum Ausdruck zu bringen: Der Gehilfe G deponiert an verabredeter Stelle ein Instrument, um dem Täter T bei einem geplanten Verbrechen behilflich zu sein. T bekommt es aber mit der Angst; er holt weder das Werkzeug ab, noch führt er sein Vorhaben aus. – Nach subjektiver Auffassung ist G strafbar. Sein Tatbeitrag ist in sich vollendet und abgeschlossen. T hingegen müßte, auch nach streng subjektiven Maßstäben, straflos ausgehen. Seine schuldhaftige Willensrichtung hat sich noch nicht genügend nach außen manifestiert, hat seine Hand doch nicht einmal das Verbrechenswerkzeug berührt. Seine Besprechungen mit dem Gehilfen, die Verab-

¹⁷ Germann, Verbrechen S. 78. Darauf wies auch schon v. Buri, Über Kausalität und Teilnahme in ZStW Band 2 (1882) S. 270, hin.

¹⁸ Roeder, Versuch und Teilnahme nach der Strafrechtsangleichungsverordnung, in ZStW Band 62 S. 302 ff.

redung des Verstecks, an dem das Instrument deponiert wurde, können zwar als Vorbereitungshandlungen bezeichnet werden; gegen deren Bestrafung wehren sich aber sogar die bekanntesten Vorkämpfer der subjektiven Lehre¹⁹ wegen der schon erwähnten Gefahr der Gesinnungsschnüffelei. – Sind aber die Handlungen, die G ausgeführt hat (Verschaffen und Deponieren des Instrumentes) in einem weiteren Sinne nicht auch nur «Vorbereitungshandlungen»? Gewiß läßt sich hier der Einwand erheben, die Beihilfe könne schon deswegen keine Vorbereitungshandlung zu einem Delikt sein, weil Vorbereitungen nur derjenige treffen könne, der selbst als Täter oder Mittäter des vollendeten Delikts in Betracht komme²⁰. Nach der subjektiven Lehre bedarf es indessen der Unterscheidung von Täter und Gehilfen nicht. Hier ist der Gehilfe nur noch die an einem Delikt beteiligte Person, die nach dem Grad ihres Verschuldens bestraft wird. Nach dem Willensstrafrecht besteht deshalb durchaus die Möglichkeit, die Gehilfenhandlung im gesamt-deliktischen Rahmen als Vorbereitungshandlung anzusprechen. Die Bezeichnung Vorbereitungshandlung rechtfertigt sich insofern, als zu der Gehilfenhandlung stets die Tätigkeit einer anderen am Verbrechen beteiligten Person hinzutreten muß, da sonst der Deliktserfolg nicht eintreten kann. Daß dabei Gehilfen- und Täterhandlungen dicht aufeinanderfolgen können, spielt keine Rolle. Der Begriff der Vorbereitung ist hier weder zeitlich noch örtlich zu verstehen. Vorbereitung im hier gebrauchten Sinne ist vielmehr diejenige Handlung, die ein Verbrechen nicht auszuführen, sondern lediglich soweit vorzubereiten imstande ist, daß der Hinzutritt einer durch eine andere Person vollzogenen Handlung das Delikt vervollständigt. In diesem Sinne ist die Beihilfehandlung ihrer vorbereitenden Funktion wegen stets eine «Vorbereitungshandlung»²¹.

Damit kommen wir zur Problematik der selbständigen Bestrafung des Gehilfen im Falle der «erfolglosen Beihilfe»: Während der

¹⁹ So z. B. Germann, Verbrechen S. 67.

²⁰ Rossi, Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1942 S. 69.

²¹ Vgl. dazu Beling, Die Lehre vom Verbrechen S. 246, der die Unterstützungshandlung als Außenzone zur Haupthandlung als Tatbestandskern bezeichnet und damit etwas ähnliches ausdrückt. – Ferner Liszt-Schmidt, Lehrbuch S. 340: «... die Beihilfe wird sich in den meisten Fällen als eine Handlung darstellen, die, wenn vom Täter begangen, lediglich (straflose) Vorbereitung wäre.»

Täter mit einer Vorbereitungshandlung fast immer nur einen kleinen Bruchteil seiner Schuld verwirklicht und deshalb meist strafflos ausgehen wird, komplettiert der Gehilfe, dessen Betätigungsfeld im Verhältnis zu dem des Täters viel enger gezogen ist, mit ähnlichen Handlungen bereits seine Schuld²². Bei der selbständigen Strafbarkeit des Gehilfen könnte es in zahlreichen Fällen darauf hinauskommen, daß der «kleine Mann» gefaßt wird, während der «große» davonkommt: Stellen wir uns vor, daß ein Gehilfe sofort nach Begehung seiner Unrechtshandlung und bevor das Hauptdelikt zustande kommt, von der Polizei ergriffen und vor Gericht gestellt wird. Der Täter dürfte daraufhin wohlweislich von seinem Vorhaben Abstand nehmen. Was ist hier der Gehilfe anderes als der Sündenbock, der den Täter praktisch gerettet hat? Im Sinne der Verbrechensverhütung wäre hier zwar ein Erfolg zu verzeichnen, im Sinne des subtilen Willensstrafrechtes, das jeden nach dem Maß seines *inneren* Verschuldens treffen will, befriedigt das Ergebnis nicht. In jenem Zeitpunkt, als der Gehilfe seine Unterstützungshandlung erbrachte, hatte er Förderungswillen. Der Täter hatte zu der gleichen Zeit den Vorsatz, das Delikt zu begehen. Bestraft werden kann aber nur der Gehilfe, weil sein Wille sich bereits nach außen manifestiert hatte. Werden hier Täter und Gehilfe nach ihrer «inneren Schuld» beurteilt?

Auch anders gelagerte Fälle könnten unbefriedigende Ergebnisse zeitigen. Nehmen wir an, ein Gehilfe hat seinen Tatbeitrag erbracht. Der Täter begeht das Delikt nicht. Die «Tat» des Gehilfen wird entdeckt; der Staatsanwalt beweist seine Schuld, und er wird bestraft. Was aber, wenn der Gehilfe nachträglich, jedoch vor seiner Verhaftung, den Entschluß gefaßt hatte, das Delikt zu vereiteln? – Macht das Postulat der Strafbarkeit der erfolglosen Beihilfe es dem Gehilfen nicht unmöglich, sich noch von seiner Schuld zu distanzieren? Dem Täter steht hingegen auch in einem schon fortgeschrittenen Stadium des Verbrechens noch die Möglichkeit offen, durch

²² Daß der Grundsatz der «Straflosigkeit der Vorbereitungshandlung» schon längere Zeit vom Bundesgericht nicht mehr in vollem Umfang anerkannt wird (BGE 65/I/336; 74/IV/133; 77/IV/16; 77/IV/92) widerlegt das Gesagte nicht. Wo die Vorbereitungshandlung bereits eine besondere Gefährlichkeit offenbart, ist es gewiß richtig, nicht starr am Begriff der straflosen Vortat festzuhalten. Bei der Gehilfenhandlung haben wir es aber gerade mit einer «an sich» ungefährlichen Tat zu tun (vgl. Seiten 48 und 91 der Arbeit).

freiwilligen Rücktritt bzw. tätige Reue straflos oder mit geringfügiger Strafe davonzukommen (Art. 21 Abs. 2 und Art. 22 Abs. 2 StGB.).

Bedenken wir nun, daß der Gehilfe stets nur eine vorbereitende Handlung begeht, und erinnern wir uns daran, daß solche Handlungen – auch wenn man von einer subjektiven Auffassung ausgeht – aus Gründen der Rechtssicherheit meist straflos bleiben müssen; erst wenn die Vorbereitungshandlung in erkennbarer Weise unmittelbar auf den Erfolg gerichtet ist, soll sie wegen ihrer Gefährlichkeit bestraft werden²³. In diesem Sinne sind Gehilfenhandlungen aber nicht gefährlich; denn sie zielen nie unmittelbar auf den Erfolg ab.

Ein Täter, der z. B. ein Stemmeisen zu Einbruchszwecken bei sich aufbewahrt, beginnt damit schon die Kette der Gefährdungsakte, die mit dem Einbruch als Verletzungsakt enden. Der Gehilfe indessen, der ein Stemmeisen für einen anderen bei sich aufbewahrt, schafft damit keine Gefährdung, da er selbst das Verbrechen nicht begehen will. Die Heranziehung solch objektiver Kriterien, auch im Verlauf subjektiver Betrachtungen, ist nicht abwegig. Auch Germann²⁴ schlägt vor, bei jenen Tätigkeiten, aus denen der vorausgesetzte verbrecherische Willensentschluß noch nicht eindeutig hervorgeht, von Strafe abzusehen. Auch er will diese Fälle durch ein entsprechendes objektives Kriterium ausscheiden²⁵. Ist nun aber nicht gerade die Gefährlichkeit ein solches objektives Kriterium, durch das die erfolglose Beihilfe im Sinne einer ungefährlichen Vorbereitungshandlung ausgeschieden, d. h. straflos gelassen werden dürfte? – Freilich hat Germann mit seinen Erwägungen nicht die Beihilfehandlungen gemeint, sondern die Vorbereitungen eines Täters. Es wäre aber zu überlegen, ob die ersteren, ihrer objektiven Ungefährlichkeit wegen, den letzteren gleichgestellt werden könnten.

Die vorstehenden Ausführungen wollen die subjektive Lehre nicht angreifen. Sie wollen nur aufzeigen, daß der Gehilfe seiner unselbständigen verbrecherischen Natur wegen eine Sonderstellung unter den Verbrechern einnimmt, so daß es sich rechtfertigt, auch die allgemeinen Grundsätze des Willensstrafrechts in diesem Zusam-

²³ Vgl. S. 90, N. 22 der Arbeit.

²⁴ Verbrechen S. 67.

²⁵ a. a. O.

menhang einer gesonderten Betrachtung zu unterziehen. Es bleibt ohnehin einer zukünftigen Strafrechtsordnung überlassen, eine allgemeingültige Antwort auf die aufgeworfenen Fragen zu finden.

Die Fälle dürften aber auch in der Zukunft nicht sehr häufig sein, in denen eine selbständige strafrechtliche Ahndung der Beihilfe einem Bedürfnis entspräche, wenn die Haupttat selbst nicht zur Ausführung gelangt²⁶.

Welche Beweisschwierigkeiten sich im übrigen der selbständigen Bestrafung des Gehilfen in den Fällen erfolgloser Beihilfe entgegenstellen könnten, ist noch nicht abzusehen. Man denke nur an die vielen Fälle psychischer Beihilfe (Erteilen von Ratschlägen etc.), die kaum zu beweisen sind. Die Gefahr ungerechtfertigter Denunziationen darf nicht unterschätzt werden. Aber auch bei physischen Beihilfeakten können Beweisschwierigkeiten entstehen. Hat z. B. ein Gehilfe einer Schwangeren Abtreibungswerkzeuge verschafft, so kann er sich immer darauf berufen, daß man solche Instrumente in jedem Sanitätsgeschäft kaufen kann, und daß er diese Instrumente nur für harmlose Zwecke entliehen habe. Gerade der letztere Einwand wird schwer zu widerlegen sein, wenn die Schwangere nachträglich die Abtreibung nicht vorgenommen hat²⁷. – Da diese Probleme ins Prozeßrecht gehören, kann auf sie in dieser Arbeit nicht weiter eingegangen werden²⁸.

§ 10. Die Akzessorietät der Beihilfe erstreckt sich auf die Rechtswidrigkeit der Haupttat

1. Der Grundsatz

Die Beihilfe ist nach geltendem Recht rein akzessorisch. Sie ist nur denkbar in Verbindung mit der Tat, die der Täter begeht. Dieser muß das Delikt vorsätzlich verübt haben, und sein Tun muß eine mit Strafe bedrohte Handlung verkörpern. Er muß also ein Verhalten an den Tag legen, das gegen die Rechtsordnung verstößt

²⁶ Engi-Canova, Die Teilnahme am Verbrechen, in SJZ Band 45 S. 98.

²⁷ Vgl. dazu die ähnlichen Ausführungen, allerdings in anderem Zusammenhang, in BGE 71/IV/114 vor C und S. 116 f.

²⁸ Vorschläge für die Praxis finden sich vor allem bei Germann, Verbrechen S. 146 ff.

und deshalb *rechtswidrig*^{28a} ist. Dies erscheint selbstverständlich, bedarf aber doch der Hervorhebung; denn es gibt eine Reihe von Handlungen, die dem ersten Anschein nach einen Deliktstatbestand verwirklichen, während eine nähere Überprüfung ergibt, daß auf Seiten des Täters nicht alle Deliktsmomente erfüllt sind. Gemeint ist hier dasjenige verletzende Verhalten eines Menschen, das die Strafrechtsordnung für *rechtmäßig* erklärt, ja es sogar gelegentlich gebietet²⁹. In solchen Fällen bleibt der Täter straffrei, weil das Gesetz ihm einen Rechtfertigungsgrund für sein Verhalten zubilligt. Rechtfertigungsgründe aber entkleiden das Verhalten seines deliktischen Scheins und präsentieren es als vom Strafrecht gebilligtes oder gebotenes Tun. Zu solchem rechtmäßigen Verhalten gehört die Erfüllung von Gesetz, Amts- oder Berufspflicht (Art. 32 StGB), die Notwehr (Art. 33 Abs. 1 StGB) und der Notstand (Art. 34 Ziff. 1 StGB). Darf der Täter hier nicht bestraft werden, so muß auch die Person, die ihm unterstützend beisteht, straflos ausgehen.

2. Beihilfe zu Handlungen, deren Rechtswidrigkeit von Gesetzes wegen beseitigt ist

Wer zu einer rechtmäßigen Handlung Beihilfe leistet, kann nicht nach Art. 25 StGB als Gehilfe bestraft werden.

Die Krankenschwester, die dem Arzt ein Instrument reicht, mit dem dieser einen Unfallverletzten operiert, ist nicht Gehilfin nach Maßgabe von Art. 25 StGB, weil der Arzt keine rechtswidrige Körperverletzung begeht, sondern eine vom Recht gebotene Pflicht erfüllt³⁰. Auch der Passant, der einem in Notwehr befindlichen Menschen seinen Stock zur Verteidigung gibt, handelt so recht wie der Bedrängte selbst; das ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 33 Abs. 1, wo es heißt, daß der Angegriffene «und jeder andere» berechtigt ist, den Angriff abzuwehren. Darf jeder Dritte in direkter und aktiver Weise ins Geschehen eingreifen, so versteht es sich von selbst, daß auch die Unterstützung, die ein «Gehilfe» dem Angegriffenen oder Dritten gewährt, eine rechtmäßige Handlung darstellen muß. Zwar wird eine solche Hilfeleistung nicht zur Pflicht

^{28a} Zur formellen und materiellen Definition der Rechtswidrigkeit s. Schwander No. 142.

²⁹ Hafter I S. 142.

³⁰ Thormann-Overbeck, Art. 26 N. 5.

erhoben, doch verkörpert sie «hohes Menschenrecht, dem die Rechtsordnung die Anerkennung nicht versagen darf»³¹.

Ebenso kann die Unterstützung einer Notstandshandlung (Art. 34 Ziff. 1 StGB) keine Beihilfe i. S. von Art. 25 StGB sein. Dies kommt im übrigen schon im Gesetz selbst zum Ausdruck, das die Notstandshilfe ganz allgemein anerkennt (Art. 34 Ziff. 2, Satz 1). Ob man die Notstandshilfe dabei als «Täter» oder «Gehilfe» ausführt, spielt dann keine Rolle mehr³².

Zur Rechtspflicht wird auch die Notstandshilfe des Art. 34 StGB nicht erhoben. Nur in besonderen Fällen macht die schweizerische Strafrechtsordnung das Nothilferecht zur gesetzlichen Pflicht. Nichtbefolgung dieser Pflicht bedeutet rechtswidriges Verhalten und zieht deshalb Strafe nach sich. So wird derjenige mit Strafe bedroht, der es unterläßt, einem in Not befindlichen Menschen beizustehen, vorausgesetzt, daß der zur Hilfe Verpflichtete am Zustandekommen der Notsituation – wenn auch nicht notwendig schuldhaft – beteiligt war. Mit Gefängnis kann bestraft werden, wer z. B. einen Verletzten im Stiche läßt (Art. 128 StGB), oder wer sich bei Verkehrsunfällen pflichtwidrig verhält, indem er die Gebote

³¹ Hafter I S. 146.

³² In der deutschen Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, daß es sich bei den Normen über Notwehr und Notstand (§§ 52–54 dStGB) nicht um Rechtfertigungs- sondern um Entschuldigungsgründe handelt (so z. B. Wecks, Grenzen S. 76 ff. und v. Weber, Grundriß S. 125 ff.). Die unhaltbaren Folgen der Entschuldigungstheorie zeigen sich besonders deutlich bei der Teilnahme zu Notstandshandlungen (§§ 52, 54). Da die deutschen Bestimmungen nur die Abwehrtätigkeit des Bedrohten selbst oder die Abwehr der einem Angehörigen drohenden Gefahr erlauben, darf kein Außenstehender dem in Not Geratenen helfen, will er nicht riskieren, des rechtswidrigen Verhaltens bezichtigt zu werden; denn die Teilnahme an vorsätzlicher und rechtswidriger, wenn auch entschuldigter, Tat ist nach deutschem Recht (§ 50) strafbar. Ein solches Ergebnis ist aber unbillig (Welzel, Grundzüge S. 51; Niethammer DRZ 1946 S. 169). Darum sind auch die Vertreter der Entschuldigungstheorie bemüht, solchen Ergebnissen auszuweichen. Sie beurteilen solche Fälle nach dem Prinzip der Güterkollision: Danach kann nämlich im Einzelfall das Bedürfnis eines Nichtberechtigten, ein fremdes Rechtsgut zu schützen, so groß werden, daß ihm ausnahmsweise ein sonst verbotener Eingriff erlaubt wird (v. Weber, Grundriß S. 93 f.). Auf diese Weise wird erreicht, daß ein großer Teil der Beihilfehandlungen zu einer äußerlich unter §§ 52 und 54 fallenden Nottat schon deshalb straffrei bleiben muß, weil die Haupttat nach dem Prinzip der Güterkollision nicht nur entschuldigt, sondern auch nicht rechtswidrig ist (Wecks, Grenzen S. 79 und v. Weber, Grundriß S. 126). – Der umständliche Weg, auf dem die Vertreter der Ent-

des Art. 60 Abs. 3 MFG mißachtet³³, d. h. einen Verunfallten in hilfloser Lage zurückläßt³⁴. Mißachtet jemand eine solche Rechtspflicht, so macht er sich der rechtswidrigen Unterlassung schuldig. Zu solchem Unterlassen – soweit es nicht lediglich als Übertretung mit Buße belegt wird – ist Beihilfe denkbar. – Ein Beispiel: Der Motorradfahrer M überfährt auf einer menschenleeren Landstraße ein Kind, das schwerverletzt liegenbleibt. Er hält den Lastwagenführer L an und bittet, ihn (den M) nebst seinem beschädigten Motorrad mitzunehmen. L und M machen sich aus dem Staube. – Hier ist L Gehilfe, da er zu rechtswidrigem Verhalten Hand gereicht hat. Er kann nach Art. 25 StGB in Verbindung mit Art. 128 StGB (subsidiär Art. 60 Abs. 3 MFG) bestraft werden³⁵.

Wie die Beispiele der Beihilfe zur Ausübung einer Berufshandlung und der Notwehr- und Notstandshilfe in Gegenüberstellung mit den Fällen der Beihilfe zu pflichtwidrigen Unterlassungen aufzeigen, erstreckt sich die Akzessorietät der Beihilfe auch auf die Rechtswidrigkeit der Haupttat. Ist diese rechtswidrig, so ist es auch die Unterstützungshandlung; wird die Haupttat dagegen wegen Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes vom Gesetz zur rechtmäßigen Handlung erhoben, so kommt das auch dem Gehilfen zugute, und er muß straflos ausgehen.

schuldigungstheorie dem einfachen Gedanken zum Durchbruch verhelfen, daß es Rechtens sein muß, seinem Mitmenschen in der Not helfen zu dürfen, erübrigt eine weitere Beurteilung der Entschuldigungstheorie.

³³ Erkennt der Richter auf eine Strafe über 6 Monate Gefängnis, so kommt Art. 128 StGB zur Anwendung. Die subsidiäre Anwendung von Art. 60 Abs. 3 MFG ergibt sich aus Art. 65 Abs. 4 des genannten Bundesgesetzes.

³⁴ Eine Hilfeleistungspflicht besteht auch für den Kapitän eines schweizerischen Schiffes gegenüber einem in Seenot befindlichen anderen Schiff. Eine Beteiligung am Entstehen der Gefahr wird seitens des schweizerischen Schiffes nicht vorausgesetzt: Vgl. BRB über die Seeschifffahrt unter Schweizer Flagge vom 9.4.41, Art. 62.

³⁵ Außerdem steht hier das Verhalten des L in Idealkonkurrenz mit Art. 305 StGB (Begünstigung), da er dem M zur Flucht verholfen hat. Die trotzdem bestehende Möglichkeit, daß M andernorts noch aufgegriffen und zur Rechenschaft gezogen wird, schließt die Vollendung der Begünstigung nicht aus (Thormann-Overbeck N. 4 zu Art. 305).

§ 11. Keine Akzessorietät der Beihilfe hinsichtlich der Schuld

1. Der Grundsatz

Das Gesetz gibt uns – wie schon in anderem Zusammenhang erwähnt wurde³⁶ – keinen direkten Aufschluß darüber, ob die Haupttat, zu der ein Gehilfe Unterstützung leistet, schuldhaft begangen sein muß, damit der Gehilfe strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Art. 25 StGB verlangt lediglich die Hilfeleistung zu «einem Verbrechen oder Vergehen».

Das schweizerische Strafrecht enthält auch keine allgemeine Norm, die bestimmt, daß von mehreren an einer Tat Beteiligten jeder nach seiner Schuld zu bestrafen ist³⁷. Wohl aber kommt dieser Grundsatz indirekt durch die fakultative Strafmilderung des Gehilfen in Art. 25 StGB zum Ausdruck. Kann nämlich der Gehilfe schwerer bestraft werden als der Täter, so bedeutet das, daß zwischen dem Verhalten des Gehilfen und der Schuld des Täters keine Abhängigkeit besteht. Das gilt nicht nur in jenen Fällen, bei denen sich der Gehilfe als der schlimmere und gefährlichere Bösewicht entpuppt³⁸; die Gehilfenstrafe erscheint auch dann als die schwerere, wenn die Täterstrafe – etwa wegen Vorliegen verminderter Zurechnungsfähigkeit – stark herabgesetzt wurde³⁹. Das Wesentliche an der fakultativen Strafmilderung des Gehilfen ist aber der in ihr zum Ausdruck kommende subjektivistische Leitgedanke der schweizerischen Strafrechtsordnung, der hier zum Durchbruch kommt, und der davon ausgeht, daß jeder nach dem Maß seines Verschuldens zu bestrafen ist⁴⁰.

³⁶ s. S. 67 der Arbeit.

³⁷ So § 50 des dStGB, der aus der Verallgemeinerung des § 4 RJGG von 1923 entstand. Die zuletzt genannte Bestimmung löste die Abhängigkeit des Teilnehmers von der Schuld des jugendlichen Täters, indem sie festlegte, daß der Gehilfe auch dann strafrechtlich verantwortlich sei, wenn der Täter nicht strafbar ist, weil er zur Zeit der Tat noch nicht 14 Jahre alt oder in der Altersstufe zwischen 14 und 18 Jahren nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung nicht fähig war, das Unrecht der Tat einzusehen oder dieser Einsicht gemäß zu handeln. – Für die Bestrafung Jugendlicher in der Schweiz siehe Art. 89–99 StGB.

³⁸ Hafer I S. 234.

³⁹ Thormann-Overbeck, Art. 25 N. 7 (letzter Satz).

⁴⁰ Diese allgemeine Grundtendenz wohnt der gesamten schweizerischen Strafrechtsordnung inne, während der subjektivistischen Richtung im deutschen Straf-

2. Die Schuld ein persönliches Verhältnis i. S. von Art. 26 StGB

Am eindeutigsten findet diese Grundtendenz des Gesetzes ihre Verwirklichung aber in Art. 26 StGB, wo es heißt, daß besondere persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände, die die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschließen, bei dem Täter, Anstifter oder Gehilfen zu berücksichtigen sind, bei dem sie vorliegen. Hier ist die Akzessorietät der Beihilfe ausdrücklich beseitigt. – Daß unter solche «persönliche Verhältnisse» auch die Zurechnungsfähigkeit zu zählen ist, ist in der modernen schweizerischen Lehre unbestritten⁴¹; denn die Schuld ist ein Vorwurf gegenüber einer Person, dahingehend, daß sie sich nicht so verhalten hat, wie das Gesetz es von ihr verlangte. Dieser Vorwurf trifft also nur das *persönliche* Verhalten. Ist daher ein vorsätzlich handelnder Täter schuldunfähig, weil ihm die Zurechnungsfähigkeit fehlt (Art. 10 StGB), so kann nur er, nicht aber auch sein schuldfähiger, d. h. zurechnungsfähiger Gehilfe straflos ausgehen. Vielmehr ist in einem solchen Fall die Gehilfenschuld besonders sorgfältig zu untersuchen, da gegebenenfalls statt eines nur auf Förderung gerichteten Vorsatzes Täterwille i. S. der mittelbaren Täterschaft vorliegt⁴². – Zu den persönlichen Verhältnissen im Sinne der fehlenden oder verminderten Schuld sind ferner die Fälle der verminderten Zurechnungsfähigkeit (Art. 11 StGB), der Irrtum über den Sachverhalt (Art. 19 StGB)⁴³ und der Rechtsirrtum (Art. 20 StGB) zu zählen. Bei beiden Irrtumsarten fehlt dem Täter ein deliktischer Vorsatz. Allerdings kann im Einzelfall bei der irrigen Vorstellung über den Sachverhalt der Täter wegen fahrlässiger Verübung des Delikts bestraft werden, wenn er den Irrtum bei pflichtgemäßer Vorsicht hätte vermeiden können (Art. 19 Abs. 2). Hier ist aber der Gehilfe nach dem Grundsatz der Straflosigkeit vorsätzlicher

recht im allgemeinen erst durch die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 20. 5. 1943 zum Strafgesetzbuch von 1871 zum Durchbruch verholfen wurde (vgl. § 50 dStGB).

⁴¹ Hafter I, S. 239; Thormann-Overbeck Art. 26 N. 5; Logoz Art. 26, 2, c; Germann, Verbrechen S. 203; Engi-Canova, Die Teilnahme am Verbrechen, in SJZ 45 S. 101; Bader, Unzurechnungsfähigkeit und Teilnahme, in SJZ 23 S. 85 ff.; für das alte Zürcher Strafrecht vgl. Zeller, Erläuterungen, § 39 N. 4 Abs. 3.

⁴² Thormann-Overbeck Art. 26 N. 5 (S. 126 oben); Logoz Art. 26, 2, c (S. 110, Abs. 2).

⁴³ Germann, Verbrechen S. 203.

Beihilfe zu fahrlässiger Haupttat nicht strafbar, es sei denn, daß er als mittelbarer Täter bestraft werden muß. —

Denkbar im Falle des Rechtsirrtums ist übrigens, daß nicht nur der Täter selbst, sondern auch der Gehilfe die Haupttat für erlaubt, d. h. nicht für strafrechtlich verboten gehalten hat. Dann ist der gute Glaube des Gehilfen ebenso zu berücksichtigen wie er dem Täter nach Art. 26 StGB als persönlicher Umstand zugute gehalten werden muß. So ist etwa denkbar, daß ein Vermieter (Täter) sich über die Unerlaubtheit seines Eindringens in die Mietwohnung irrt, und sein Freund (Gehilfe), der ihm beim Aufbrechen der Wohnungstür behilflich ist, im gleichen Irrtum befangen ist. Ist der gute Glaube sowohl beim Täter wie auch beim Gehilfen erwiesen, so darf der Richter bei keinem von ihnen Vorsatz annehmen, da beiden der deliktische Wille fehlt⁴⁴. Ist sich der Gehilfe hingegen darüber im klaren, daß er in Wirklichkeit einen Hausfriedensbruch unterstützt, so könnte er, wenn der Strafantrag auch gegen ihn gerichtet ist, wegen Beihilfe zum Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) bestraft werden. Die praktische Bedeutung solcher Fälle dürfte gering sein.

Auch der Notwehrexzeß nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 2 StGB ist ein persönliches Verhältnis i. S. von Art. 26 StGB. Er führt, je nachdem wie weit die Überschreitung der Abwehrgrenze entschuldbar ist, zur Strafmilderung (Art. 33 Abs. 2, Satz 1) oder zur Straflosigkeit (Art. 33 Abs. 2, Satz 2). Obwohl der im Notwehrexzeß Handelnde sich rechtswidrig und schuldhaft verhält, nimmt das Gesetz auf seine Situation Rücksicht⁴⁵ und wertet die Besonderheit seines psychischen Erregungszustandes als einen persönlichen Umstand. Sache des richterlichen Ermessens ist es, im Einzelfall den Grad der Entschuldbarkeit festzustellen, der dem die Abwehrgrenze überschreitenden Täter angerechnet werden muß⁴⁶. Wird ein Täter wegen Notwehrexzeß bestraft, so kann der Gehilfe, der ihm im Sinne von Art. 33 Abs. 1 nur zur Notwehr Hilfe leisten wollte, selbstverständlich nicht bestraft werden. Anders liegt der Fall, wenn ein Dritter nur den Notwehrexzeß unterstützt und sich dessen auch bewußt ist.

Beispiel: A wird vom Betrunkenen B auf nächtlicher Straße über-

⁴⁴ Hafter I S. 190.

⁴⁵ Thormann-Overbeck Art. 33 N. 18.

⁴⁶ Hafter I S. 149.

fallen. Es gelingt ihm, dem rabiaten B in heißem Kampf die Schußwaffe zu entreißen, worauf B von A abläßt und sich zögernd entfernt. G, der in einer Mauernische nahe dem Kampfort alles beobachtet hat, ruft dem erregten A, der die Schußwaffe auf den Betrunkenen anlegt, zu: Schieß' den Kerl doch nieder! A schießt und verwundet B erheblich.

Während das Verhalten des A nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 2 StGB ganz oder teilweise entschuldigt werden kann, hat G hier Beihilfe zur schweren Körperverletzung (Art. 122 StGB) geleistet. Der begreifliche Erregungszustand des im Kampf mißhandelten A ist ein persönlicher Umstand, der nur ihm selbst, nicht aber auch einem Außenstehenden zugute kommen kann. Selbst wenn dieser sich ebenfalls in einer gewissen Aufregung befand, so mußte ihm doch deutlicher als dem A bewußt sein, daß der Angriff vorüber war. Seine Hilfsbereitschaft hätte sich in achtenswerterem Verhalten manifestieren können, etwa durch das Anerbieten, den A heimzuleiten.

Es ist also beim Gehilfen im Einzelfall zu prüfen, ob seine Unterstützungsleistung sich nur auf die Notwehrhandlung des unmittelbar Bedrohten oder Angegriffenen oder aber nur auf den Notwehrexzeß des Betroffenen richtete. Während er im ersteren Falle zu einer rechtmäßigen Handlung Hilfe leistet, bietet er im letzteren Falle seine Hand zu rechtswidrigem und an sich schuldhaftem Tun, das nur beim Täter mehr oder weniger entschuldigt werden kann. – Wie wir sahen, erfaßt die schweizerische Strafrechtsordnung in Art. 26 StGB die Schuld als ein persönliches Verhältnis. Fehlt sie, so wird kein Unterschied gemacht, ob es sich um eine dauernde Unzurechnungsfähigkeit oder eine in concreto fehlende Zurechenbarkeit oder Zumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens handelt⁴⁷.

In der deutschen Literatur wurde gelegentlich die Frage aufgeworfen, ob hinsichtlich der Bestrafung des Gehilfen nicht doch Differenzierungen im eben dargelegten Sinne geboten seien. So legt Peters⁴⁸ den hinsichtlich der Schuld mit Art. 26 des schweizerischen StGB korrespondierenden § 50 dStGB dahingehend aus, daß diese Vorschrift nur verhindern wolle, daß dem Gehilfen ein persönlicher

⁴⁷ Auch § 50 Abs. 1 des dStGB macht hierin keinen Unterschied.

⁴⁸ Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, in JR 1949 S. 499.

Strafausschließungsgrund (vor allem Schuldunfähigkeit) zugute komme. Wo jedoch die Schuld auf Grund einer nicht nur in der Persönlichkeit des Handelnden beruhenden Tatsache, sondern auch auf einer äußeren Situation beruht (z. B. beim Notwehrexzeß), dort soll auch der Gehilfe entschuldigt sein⁴⁹. Gegen diese Ansicht wendet sich mit Recht Wecks⁵⁰ mit dem Hinweis auf § 50 Abs. 2 dStGB, wo ausdrücklich erklärt ist, daß die Schuldfeststellung bei jedem an der Tat Beteiligten nur nach Maßgabe der Umstände zu treffen ist, die seine persönliche Situation, sein individuelles Verhältnis zur Tat kennzeichnen⁵¹. Das auf S. 98 f. gegebene Beispiel der «Beihilfe zum Notwehrexzeß» verdeutlicht die Richtigkeit der Auffassung Wecks', der im übrigen die Ansicht der in Deutschland vorherrschenden Meinung vertritt⁵².

Es ist somit abschließend festzuhalten, daß die Strafbarkeit der Beihilfe lediglich voraussetzt, daß der Gehilfe eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und vorsätzliche Straftat fördert. Das Prinzip der akzessorischen Strafbarkeit erstreckt sich hingegen nicht auf das innere Deliktsmoment, die Schuld des Täters. Für weitere Fälle persönlicher Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände, die jeweils nur bei dem Täter, Anstifter oder Gehilfen berücksichtigt werden, bei dem sie vorliegen, siehe Hafter⁵³, Thormann-Overbeck⁵⁴, Logoz⁵⁵ und Germann⁵⁶.

Hervorzuheben ist endlich noch, daß Art. 26 StGB nur die von jedermann begehbaren Delikte im Auge hat. Er bezieht sich nicht auf jene Fälle, in denen persönliche Verhältnisse die Strafbarkeit überhaupt erst begründen (Beamtendelikte, militärische Delikte

⁴⁹ Ebenso Maurach, Grundriß S. 145 f.

⁵⁰ Grenzen S. 73.

⁵¹ Dies entspricht denn auch Art. 26 des schweizerischen StGB.

⁵² Schönte, Die Änderungen des Strafrechts und des Strafverfahrensrechtes durch die Novelle vom 29. Mai 1943, in Deutsches Recht 1943 S. 722; Kohlrausch-Lange § 50 Anm. II; Lange, Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere bei Tötungs- und Wirtschaftsverbrechen, in Juristische Rundschau 1949 S. 166; Mezger, Strafrecht I S. 191; v. Weber, Grundriß S. 69, 2.; Niethammer, Sinn und Wirkung des § 50, in DRZ 1946 S. 168.

⁵³ Allg. Teil S. 238 ff.

⁵⁴ Art. 26.

⁵⁵ Art. 26.

⁵⁶ Verbrechen S. 202 f.

etc.)⁵⁷. Bei solchen Straftaten kann ein Außenstehender Gehilfe sein. Ob gegebenenfalls mittelbare Täterschaft vorliegt, ist eine Frage, die über den Rahmen dieser Arbeit hinausgeht und deshalb hier nicht weiter verfolgt werden kann.

§ 12. Zusammenfassung

Die Voraussetzungen der strafbaren Beihilfe können wir abschließend wie folgt zusammenfassen bzw. den nicht ausreichenden Faktoren gegenüberstellen:

I. In objektiver Hinsicht:

1. Das Verhalten des Gehilfen muß für den Erfolg der Haupttat mit-ursächlich sein (S. 25 ff.).

2. Der Gehilfe muß einen Tatbeitrag leisten, der das Delikt fördert (S. 32).

3. Ein abwehrendes Verhalten («abhaltende Bedingung») erfüllt diese Voraussetzung nicht (S. 33 ff.).

4. Auch das «sozialadäquate Verhalten» eines Gehilfen kann zu dem Resultat führen, daß keine Deliktsförderung i. S. des Gesetzes (Art. 25 StGB) vorliegt (S. 35 ff., insbesondere S. 39 f.).

5. Das allgemeine Erfordernis, der Gehilfe müsse einen Unterstützungsbeitrag leisten, kann nicht dahingehend präzisiert werden, daß a) ein bestimmter zeitlicher, örtlicher oder andersartiger Zusammenhang zwischen Beihilfe und Haupttat verlangt wird (S. 41 ff.); b) ebensowenig ist der Begriff der Gefährlichkeit geeignet, den Kreis der kausalen Förderungshandlungen einzuschränken (S. 46 ff.).

II. In subjektiver Hinsicht:

6. Der Gehilfe muß das Delikt vorsätzlich fördern (S. 50 ff.).

7. Der Vorsatz des Gehilfen muß die wesentlichen Tatmerkmale der Haupttat umfassen (S. 52 f.).

8. Die innere Einstellung des Gehilfen zum Deliktserfolg ist grundsätzlich erheblich schwächer als die eines Täters oder Anstif-

⁵⁷ Hafter I S. 240.

ters, da der Gehilfenvorsatz nur auf Förderung der Haupttat abzielt (S. 53 ff.).

9. Bloße Billigung der Tat ist keine Förderung (S. 57 ff.).

10. Dem «sozialadäquat» handelnden Gehilfen kann der Förderungsvorsatz fehlen (S. 60 ff.).

11. Die fahrlässige Beihilfe zu vorsätzlich verübter Haupttat ist rein theoretisch denkbar; vom gesetzgeberischen und praktischen Standpunkt aus betrachtet ist sie indessen als nicht strafwürdig zu bewerten (S. 63 ff.).

12. Im Interesse der auch heute noch unentbehrlichen Unterscheidung zwischen Täterschaft und Beihilfe einerseits und Anstiftung und Beihilfe andererseits ist der Begriff der «vorsätzlichen Beihilfe zur fahrlässig begangenen Tat» abzulehnen (S. 67 ff.).

In der Praxis kann sich aber gelegentlich – aus verschiedenen Gründen – die Notwendigkeit ergeben, das Verhalten einer Person als Gehilfenschaft zu einem Fahrlässigkeitsdelikt zu bestrafen (S. 71 ff.).

Bei den Fällen der «vorsätzlichen Beihilfe zum fahrlässig verübten Delikt» wird es sich gelegentlich in concreto um mittelbare Täterschaft handeln; trifft dies zu, so überschreiten die subjektiven Merkmale die Grenzen des Gehilfenvorsatzes (S. 69 f.).

13. Der Förderungsvorsatz kann teilweise oder ganz in Frage gestellt werden, wenn der Gehilfe sich bemüht, seinen anfänglich verwirklichten Unterstützungswillen nachträglich durch einen ehrlich betätigten Gegenwillen (Rücktritt, tätige Reue) wieder gutzumachen (S. 76 ff.).

III. Der Einfluß des Akzessorietätsprinzips auf die Strafbarkeit der Beihilfe:

14. Eine objektiv und subjektiv alle Voraussetzungen erfüllende Gehilfenschaft ist nach dem Prinzip der akzessorischen Strafbarkeit der Beihilfe (S. 82 f.) nur strafbar, wenn die Haupttat mindestens bis zu einem strafbaren Versuch gediehen ist (S. 83 ff.).

15. Wird die Haupttat, zu der die Beihilfe erbracht wurde, nicht begangen («erfolglose Beihilfe»), so bleibt der Gehilfe nach geltendem Recht straflos (S. 86 f.). – Die subjektive Lehre hingegen fordert de lege ferenda die Beseitigung des Akzessorietätsprinzips und damit auch die Bestrafung des Gehilfen (S. 87 ff.).

16. Der Gehilfe ist nur strafbar, wenn die begangene Haupttat rechtswidrig war (S. 92). Ist die Rechtswidrigkeit der Haupttat von Gesetzes wegen beseitigt, so kommt dies auch dem Gehilfen zugute (S. 93 ff.).

17. Die Akzessorietät der Beihilfe erstreckt sich nicht auf die Schuld des Täters und andere bei diesem vorliegende persönliche Verhältnisse und Umstände (Art. 26 StGB). Der Gehilfe ist hier unabhängig strafbar (S. 96 ff.).

Lebenslauf

Geboren in Freiburg i. Br. am 15. Januar 1919. – Privater Grundschulunterricht; humanistisches Gymnasium mit Obersekunda 1935 abgeschlossen; Externenabitur 1944 in Bonn; Studium an der Universität Zürich vom Wintersemester 1947/48 bis Wintersemester 1953/54; Doktor der Rechte, 1954

